



Prokuratura i Prawo

NR 9/wrzesień 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

Zgodnie z zarządzeniem nr 104/16 Prokuratora Krajowego z dnia 29 listopada 2016 r. od 1 stycznia 2017 r. działa Rada Naukowa czasopisma będąca organem opiniotawczym i doradczym Kolegium Redakcyjnego i Redaktora Naczelnego. Skład osobowy Rady zostanie opublikowany w kolejnym numerze.

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący

– Marek SADOWSKI

Członkowie:

Małgorzata BEDNAREK, Aleksander HERZOG, Anna JASKUŁA, Małgorzata KOZŁOWSKA, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

Redaktor Naczelný

– Marek SADOWSKI

Z-ca Redaktora Naczelnego – Anna WDOWIARZ-PELC

Sekretarz Redakcji

– Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 12 51 549
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych
31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. 12 422 87 55, fax 12 422 38 50
e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl
www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/index.php

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 15 644 04 00, fax. 15 832 77 87
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

Prof. dr hab. Romuald Kmiecik, UMCS w Lublinie

- Niedopuszczalność kasacji w postępowaniu karnym umorzonym „w sprawie” (*in rem*)** 5
Inadmissibility of cassation recourse in discontinued criminal proceedings in rem 12

- dr Małgorzata Szeroczyńska, prokurator Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie
Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej na kanwie artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk 13
Release from the doctor-patient confidentiality obligation: remarks on the paper of A. Jaskuła and K. Płończyk 35

- dr Piotr Góralski, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego
Środek zabezpieczający w formie elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy czynu karalnego (cz. 1) 36
Measure of protection in the form of electronic control of a criminal offender's location (Part 1) 53

- dr hab. Arkadiusz Lach, prof. Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
Sankcje administracyjne i karne a zakaz podwójnego karania w świetle najnowszego orzecznictwa ETPCz oraz TS 54
Administrative and legal sanctions versus prohibition of punishing the same offence twice in the light of most recent decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice (CJ) 64

- dr Julia Kosonoga-Zygmunt, adiunkt Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
Podobieństwo przestępstw jako przesłanka recydywy jurydycznej w prawie polskim na tle rozwiązań państw obcych 65
Similarity between offences as an indication for juridical recidivism in Polish law, with comparison to foreign solutions 97

- Wojciech Wassermann, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie
Grzywna kumulatywna a nadzwyczajne złagodzenie kary na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii 98
Cumulative fines versus extraordinary mitigation of punishment under the Act on Counteracting Drug Addiction 104

dr Damian Wąsik, prokurator Prokuratury Rejonowej Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku, asystent Collegium Medicum UMK w Bydgoszczy	
Prawnikarne aspekty wytwarzania i obrotu wyrobami medycznymi . . .	105
<i>Criminal-law aspects of production and trade of medical devices</i> . . .	131
Aleksander Herzog, prokurator Prokuratury Krajowej	
Prokurator a odpowiedzialność karna nieletnich	132
<i>Prosecutors and criminal responsibility of minors</i>	145
Marcin Skowronek, prokurator Prokuratury Rejonowej w Zakopanem	
O wykładni prounijnej. Rozważania na tle interpretacji przez Sąd Rejonowy w Zakopanem przepisów ustawy o grach hazardowych . .	146
<i>EU-oriented interpretation: considerations on the basis of the provisions of the Gambling Law as interpreted by the District Court in Zakopane</i>	157

Materiały Szkoleniowe/Training Materials

dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego	
Czynny żal w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe	158
<i>Active repentance in criminal law: fundamentals</i>	174
dr Michał Błoński, adiunkt Uniwersytetu Łódzkiego	
Znaczenie zeznań funkcjonariusza policji opartych na czynności tzw. rozpytania	175
<i>Importance of a police officer's testimony based on preliminary questioning</i>	186

Glosy/Commentaries

do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2016 r., sygn. III KK 230/16 (dot. zasady subsydiarności) – oprac. prof. dr hab. Hanna Kuczyńska	187
<i>to the Supreme Court decision of 20 October 2016, ref. no. III KK 230/16 (concerns the subsidiarity principle) – by Prof. Hanna Kuczyńska</i>	199

ARTYKUŁY

Romuald Kmiecik

Niedopuszczalność kasacji w postępowaniu karnym umorzonym „w sprawie” (*in rem*)

Streszczenie

Trafna co do zasady jest teza podjętej ostatnio uchwały Sądu Najwyższego, w myśl której nie przysługuje kasacja od postanowienia sądu o utrzymaniu w mocy postanowienia prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego w sprawie (in rem), jeżeli żadnej osobie nie przedstawiono zarzutu. Jednakże zdarzają się w praktyce sytuacje wyjątkowe, które z powodów gwarancyjnych uzasadniają dopuszczenie kasacji, jeżeli postępowanie przygotowawcze toczyło się faktycznie przeciwko osobie, której wbrew prawu organ ścigania nie przedstawił zarzutów, pozbawiając ją charakteru strony (podejrzanego), ze szkodą dla jej uprawnień procesowych, albo która w sprawie o to samo przestępstwo występowała wcześniej w roli oskarżonego w wyniku nieskutecznie wniesionej skargi posiłkowej.

I. Umorzenie postępowania karnego w stadium przygotowawczym może nastąpić zarówno w pierwszej fazie śledztwa lub dochodzenia, gdy nie przedstawiono żadnej osobie zarzutu popełnienia przestępstwa (tzw. umorzenie „w sprawie”, *in rem*), jak i po przedstawieniu zarzutów podejrzanemu, stosownie do przepisów art. 313 § 1 w zw. z art. 71 § 1 k.p.k. (tzw. umorzenie w fazie „przeciwko osobie”, *in personam*). Powody umorzenia postępowania przygotowawczego w obu fazach są liczne i zróżnicowane; zazwyczaj wyróżnia się przeszkody prawne (negatywne przesłanki procesowe przewidziane w art. 17 § 1 k.p.k.) oraz przeszkody faktyczne ogólnie określone w k.p.k. jako brak „podstaw do wniesienia aktu oskarżenia” w rozumieniu art. 322 § 1 k.p.k. W tej kategorii mieszczą się zazwyczaj w praktyce takie przeszkody jak „niewykrycie sprawcy” lub „brak dostatecznych dowodów” uniemożliwiające wniesienie aktu oskarżenia przeciwko podejrzanemu.

Brak perspektywy uzyskania „dostatecznych podstaw” do wykrycia sprawcy pozwala Policji umorzyć dochodzenie już z upływem pięciu dni od wszczęcia postępowania (art. 325f § 1 k.p.k.) z obowiązkiem prowadzenia „na podstawie odrębnych przepisów” czynności nieprocesowych, zapewne operacyjno-rozpoznawczych „w celu wykrycia sprawcy i uzyskania dowodów” (art. 325f § 2 k.p.k.). Tym bardziej, chociaż k.p.k. o tym milczy, tego rodzaju czynności operacyjno-rozpoznawcze powinny być prowadzone także po umorzeniu wszczętego śledztwa z powodu niewykrycia sprawców w sprawach o zbrodnie i poważne występki, a także po prawomocnym uniewinnieniu oskarżonych przez sąd w sprawach, w których oskarżono osoby w rzeczywistości niewinne, natomiast nie objęto oskarżeniem i wyrokowaniem rzeczywistych sprawców tych przestępstw, co w polskiej praktyce procesowej zdarzało się niekiedy nawet w znanych nie tylko prawnikom *causes célèbres*.

Dychotomiczny i klarowny z pozoru podział faz postępowania przygotowawczego komplikuje się nieco w praktyce i nie zawsze jest oczywisty i racjonalny. Nie ma wątpliwości co do charakteru umorzenia postępowania *in rem*, gdy np. czyn przestępny został niewątpliwie popełniony, lecz sprawca pozostaje całkowicie nieznany i nie ma dowodowych możliwości przedstawienia mu zarzutów. Nie ma też wątpliwości, jeżeli w fazie *in rem* prokurator ustali, że czyn, z powodu którego wszczęto śledztwo lub dochodzenie nie jest czynem zabronionym albo że proces jest niedopuszczalny prawnie z powodu braku przesłanek procesowych (art. 17 § 1 k.p.k.). Jeżeli jednak w sprawie występuje osoba podejrzana, co do której pokrzywdzony i inni uczestnicy postępowania, nie wyłączając Policji oraz samej osoby podejrzanej, przekonani są o jej sprawstwie, co potwierdzają zebrane dowody, natomiast prokurator umarza postępowanie z powodu „niewykrycia sprawcy”, granice między umorzeniem *in rem* i umorzeniem *in personam* wydają się mniej oczywiste, zwłaszcza gdy osoba podejrzana była w toku postępowania traktowana jako tzw. faktycznie podejrzany. Chodzi o taką osobę podejrzaną, co do której w fazie *in rem* postępowania podejmowano czynności typowe dla fazy *in personam* (konfrontacje, okazania, eksperymenty procesowe, ekspertyzy, a nawet środki przymusu w formie zatrzymania, z wyjątkiem środków zapobiegawczych i czynności przedstawienia zarzutów). Osoba faktycznie podejrzana występuje wówczas w toku postępowania jako świadek, skądinąd przesłuchiwany z intencją uzyskania oświadczeń obciążających go, mimo że zeznania uzyskane w takich okolicznościach nie stanowiłyby dowodu sądowego, gdyby został następnie formalnie przesłuchany w charakterze podejrzanego i oskarżonego (art. 389 § 1 w zw. art. 391 § 2 k.p.k. *a contrario*).

Podstawy umorzenia postępowania przygotowawczego *in personam* i *in rem* mogą też współistnieć, gdy podejrzanemu prokurator przedstawi zarzut, po czym w toku dalszego postępowania ustali ponad wszelką wątpliwość, że podejrzany przestępstwa nie popełnił, a sprawcą jest ktoś inny, kogo w świetle dostępnych dowodów nie można zidentyfikować. Umorzenie nastąpi

wówczas co do osoby podejrzanego *in personam*, ale co do samego czynu będzie to umorzenie *in rem* wobec niewykrycia sprawcy. Wobec nieznanego sprawcy może nastąpić podjęcie postępowania na nowo w każdym czasie, gdy zostanie ustalony przed upływem terminu przedawnienia, nawet gdyby sprawca ten był uprzednio znany, lecz pozostawał poza zainteresowaniem organów ścigania, natomiast w stosunku do podejrzanego byłoby dopuszczalne tylko wznowienie postępowania z ograniczeniami przewidzianymi dla tej instytucji procesowej stosowanej wyłącznie wobec prawomocnych rozstrzygnięć prokuratora (art. 327 § 2 k.p.k.).

Świadomość zróżnicowania sytuacji, w których w postępowaniu przygotowawczym może nastąpić umorzenie „w sprawie” nie pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie kontrowersyjnej w piśmiennictwie i orzecznictwie Sądu Najwyższego kwestii dopuszczalności kasacji od postanowienia sądu utrzymującego w mocy postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*.

II. W uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 29 listopada 2016 r. (sygn. I KZP 6/16¹) sformułowano nie po raz pierwszy następującą tezę:

„Postanowienie sądu wydane na podstawie art. 306 § 1a k.p.k. w zw. z art. 325a § 2 k.p.k. utrzymujące w mocy postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*, nie jest prawomocnym orzeczeniem sądu kończącym postępowanie w rozumieniu art. 521 § 1 k.p.k.”

Uchwała SN, gruntownie i przekonująco uzasadniona, nie może nasuwać zasadniczych zastrzeżeń w świetle aktualnych unormowań karnoprosesowych, określających przedmiotowe granice kontroli kasacyjnej, inicjowanej przez podmioty wymienione w art. 521 § 1 i § 2 k.p.k.

W uzasadnieniu uchwały pojawiła się jednak z pozoru drobna nieścisłość, która wymaga komentarza podważającego generalizujący charakter słusznej skądinąd tezy. Teza bowiem jest niewątpliwie trafna, co do zasady, ale to nie znaczy, że będzie miała zastosowanie w każdym szczególnym wypadku umorzenia postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*. Przytaczając poglądy wielu autorów na temat prawomocności i charakteru prawnego postanowień sądu kończących postępowanie, SN wymienił w uzasadnieniu trzy publikacje niżej podpisanego wspierające stanowisko SN wyrażone w uchwale. SN podzielił argumenty wskazujące, że umorzenie postępowania przygotowawczego *in rem* nie stwarza stanu prawomocności pojmowanej integralnie i bezprzymiotnikowo. Tzw. prawomocność określana jako „formalna”, lecz odnoszona do orzeczeń odwoływalnych *in foro externo* i odrwana od tych cech, które składają się na tzw. prawomocność „materialną”

¹ OSNKW 2017, nr 1, poz. 1.

w układzie podmiotowo-przedmiotowym, a nie tylko przedmiotowym, jest synonimem zwyczajnej niezaskarżalności orzeczenia i niczym więcej. Nie jest prawomocnością w rozumieniu k.p.k.²

Sąd Najwyższy, aprobuując w zasadzie ten punkt widzenia przedstawiony we wspomnianych publikacjach stwierdził jednak nie całkiem ściśle, że „jednocześnie autor dopuszcza kasację podmiotu specjalnego od postanowienia sądu o utrzymaniu w mocy postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego prowadzonego w fazie *in rem*”. Rzeczywiście dostrzegam taką możliwość wykładni, ale tylko w sytuacjach skrajnie wyjątkowych, w których nietypowe okoliczności sprawy lub wadliwie prowadzone postępowanie przygotowawcze nie pozwalają wbrew regule traktować umorzenia postępowania *in rem* jako decyzji niezdolnej do uzyskania prawomocności. Z reguły bowiem postanowienie sądu utrzymujące w mocy postanowienie prokuratora umarzającego postępowanie przygotowawcze w fazie *in rem* nie uzyskuje cech orzeczenia prawomocnego kończącego postępowanie sądu i nie podlega kasacji. Dałem temu wyraz w co najmniej kilku innych publikacjach, niedostrzeżonych przez Sąd Najwyższy, choć dotyczących nie tyle samej kwestii prawomocności, ile wprost niedopuszczalności kasacji „podmiotów specjalnych” od omawianego postanowienia sądu³.

² Postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*, które nie toczyło się formalnie lub faktycznie przeciwko osobie, a tym bardziej odmowa wszczęcia postępowania (śledztwa lub dochodzenia) nie stają się prawomocne, a co najwyżej mogą stać się niezaskarżalne zażaleniem i w żadnym sensie „nie konsumują” prawa skargi publicznej prokuratora. Na czym „konsumpcja” miałaby polegać, skoro skonsumowane jakoby prawo skargi prokurator może zrealizować bez żadnych formalnych przeszkód i merytorycznych warunków w każdym czasie, podejmując na nowo postępowanie umorzone *in rem* lub w warunkach konwersji, wszczynając je ponownie? W przypadku odmowy wszczęcia w istocie nie podejmuje się na nowo postępowania karnego, lecz je wszczyna, skoro poprzednio postępowanie karne nie było w ogóle prowadzone (czynności sprawdzające są postępowaniem przedprocesowym poprzedzającym wszczęcie postępowania karnego w stadium przygotowawczym). Nie wydaje się więc, aby należało uchylić z powodu „konsumpcji skargi” prawomocny wyrok tylko dlatego, że prokurator A odmówił wszczęcia postępowania lub umorzył postępowanie *in rem*, a inny prokurator B, nie wiedząc o tym, bez podjęcia na nowo postępowania wszczął śledztwo, wykrył hipotetycznego sprawcę, przedstawił mu zarzut, wniósł akt oskarżenia, a sąd w dwóch instancjach skazał oskarżonego. *Reductio ad absurdum* jest tu chyba wystarczającym argumentem przeciwko przesadnemu formalizowaniu samej decyzji o podjęciu na nowo postępowania przygotowawczego w sprawie niewykrytego sprawcy. Zob. szerzej R. Kmiecik, Glosa do uchwały 7 sędziów z dnia 25 marca 2010 r., sygn. I KZP 36/09, Przegląd Sądowy 2011, nr 2, s. 126, przypis nr 4.

³ Zob. m.in. R. Kmiecik, Nadzwyczajne formy kontroli zaniechania ścigania w świetle kodeksu postępowania karnego z 1997 r., (w:) S. Stachowiak (red.), Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi, Poznań 2002, s. 239–240; tenże, Zagadnienie „niekonstytucyjności” przepisów postępowania karnego z 1997 r. Przyczynek do założeń nowej procedury karnej, (w:) J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej, Warszawa 2008, s. 348–350. Ten ostatni artykuł

Istnieją wszakże takie sytuacje, skądinąd w praktyce wyjątkowe, kiedy postępowanie „formalnie” umorzone w fazie *in rem* w istocie toczyło się lub toczy „przeciwko osobie” – co nieraz dostrzegał Sąd Najwyższy – a w takich sytuacjach decyzja o umorzeniu postępowania *in rem* może niekiedy, w następstwie wykładni celowościowej, skłaniać do przyznania jej cech prawomocności, w razie zaś utrzymania decyzji w mocy kończąc postępowanie sądowe w rozumieniu art. 521 k.p.k. Jak każda wykładnia celowościowa, ten sposób interpretacji wiąże się jednak z ryzykiem arbitralności i zapewne może wydawać się dyskusyjny. Chodzi tu przede wszystkim o przypadki umorzenia postępowania przygotowawczego, trafnie określane jako umorzenie „*quasi-in rem*”⁴, choć równie zasadnie można by określać je jako umorzenie „*quasi-in personam*”.

III. Przykładem niech będzie jednak sprawa przedstawiona w powołanej przez Sąd Najwyższy publikacji⁵. W sprawie tej prokurator umorzył postępowanie przygotowawcze *in rem* z powodu „niewykrycia sprawcy”, podczas gdy pokrzywdzony jako oskarżyciel posiłkowy (subsydiarny) wykrył sprawcę i doprowadził do prawomocnego skazania przez sąd owego „niewykrytego” sprawcy, niewykrytego wyłącznie według oceny prokuratury. Prokurator Generalny, skądinąd trafnie, dostrzegł w konkretnej sprawie nieskuteczność wadliwie wniesionej skargi posiłkowej i wniósł kasację na korzyść osoby prawomocnie skazanej z powodu „braku skargi uprawnionego oskarżyciela” (art. 17 § 1 pkt 9 w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.), a więc nie z przyczyn merytorycznych, lecz czysto proceduralnych (brak skargi w konkretnym układzie procesowym), powodujących względną niedopuszczalność procesu. Postępowanie umorzono w instancji kasacyjnej, co nie zamknęło jednak pokrzywdzonemu drogi do ponownego zawiadomienia prokuratury o tym samym przestępstwie, z uwagi na relatywny charakter przeszkody procesowej i brak powagi rzeczy rozstrzygniętej w zakresie *meritum* sprawy. Prokurator w takiej sytuacji może – jak się wydaje – wszcząć ponownie postępowanie przygotowawcze nawet poza trybem podjęcia lub wznowienia postępowania. Nie jest co prawda związany uprzednio wydanym skazującym wyrokiem sądu, skoro wyrok uchylono i umorzono postępowanie, niemniej jednak ze względu na jego względną prejudycjalność nie powinien chyba traktować

nawiązuje aprobowając do postanowienia SN z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. II KK 83/06, w którym Sąd Najwyższy wyraził pogląd zbieżny z przedstawionym w obecnie omawianej uchwale. Tak samo K. Marszał, J. Zagrodnik, Problem dopuszczalności kasacji od postanowienia sądu wydanego w trybie art. 306 § 2 k.p.k., Państwo i Prawo 2002, nr 4, s. 67.

⁴ Zob. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, wydanie 5, Warszawa 2008, s. 717.

⁵ Zob. R. Kmiecik, O przyczynach i skutkach kasacji Prokuratora Generalnego z powodu braku skargi uprawnionego oskarżyciela, Prokuratura i Prawo 2014, nr 1, s. 11. Tytuł tego artykułu, powołanego w uzasadnieniu uchwały SN przytoczono w OSNKW niedokładnie, podobnie jak w niektórych tekstach drukowanych i internetowych. Chodzi oczywiście o kasację nie „z powodu skargi”, lecz „z powodu braku skargi”, jak poprawnie wydrukowano w Prokuraturze i Prawie (jw.).

osoby prawomocnie skazanej w dwu instancjach sądowych jako wciąż „nie-wykrytego” sprawcy. Jeżeli jednak ponownie umorzy postępowanie *in rem* z powodu niewykrycia sprawcy albo z każdego innego powodu, pokrzywdzony, chcąc ponownie wystąpić w roli oskarżyciela posiłkowego i wnieść skuteczną tym razem skargę posiłkową, będzie zmuszony zaskarżyć decyzję prokuratora do sądu. Postępowanie w rzeczywistości stanowi kontynuację procesu przeciwko osobie poprzednio prawomocnie skazanej, trudno więc uznać, że nie będzie to postępowanie prowadzone „przeciwko osobie” (*in personam*), choćby nawet prokurator konsekwentnie uchylał się wciąż od przedstawienia zarzutu faktycznie podejrzanemu. Oto dlaczego utrzymanie w mocy decyzji prokuratora przez sąd skłonny byłbym uznać w takiej dość kuriozalnej sytuacji za przedmiot kasacji podmiotu przewidzianego w art. 521 k.p.k., rozstrzygnięcie sądu bowiem odnosi się nie tylko co do czynu, ale co do konkretnej osoby w układzie podmiotowo-przedmiotowym.

Inną szczególną sytuacją, w której decyzja sądu utrzymująca postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego *in rem* mogłaby stać się przedmiotem kasacji (art. 521 k.p.k.) jest umorzenie postępowania z powodu znikomej społecznej szkodliwości czynu (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.). Oczywiście byłoby to możliwe przy mocno kontrowersyjnym w piśmiennictwie założeniu, które kilkakrotnie podtrzymywał w swych orzeczeniach Sąd Najwyższy, stwierdzając, że umorzenie *in rem* postępowania z powodu znikomej szkodliwości społecznej czynu, mimo nieprzedstawienia zarzutów podejrzanemu, stwarza jakoby rodzaj „powagi rzeczy osądzonej” (*res iudicata*). Wyklucza to – zdaniem Sądu Najwyższego – możliwość podjęcia na nowo postępowania (art. 327 § 1 k.p.k.), które co najwyżej mogłoby być wznowione w warunkach określonych w art. 327 § 2 k.p.k., tj. instytucji procesowej dotyczącej postanowień prawomocnych. Przyjmując tego rodzaju założenie, z którym kilkakrotnie polemizowałem na łamach czasopism prawniczych, Sąd Najwyższy powinien konsekwentnie uznać też prawo „podmiotów specjalnych” do kasacji; skoro bowiem przyznaje decyzji prokuratora umarzającej postępowanie *in rem* na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. walor prawomocności w razie niezaskarżenia jej do sądu, to w razie utrzymania w mocy takiego postanowienia przez sąd, postanowienie sądu *eo ipso* stanie się postanowieniem prawomocnym kończącym postępowanie, zaskarżalnym kasacją.

Ostatnio jednak Sąd Najwyższy skorygował nieco – w dobrym kierunku – wcześniejszą linię orzeczniczą, zastrzegając, że pogląd o „stanie rzeczy osądzonej” wynikającym z postanowienia prokuratora o umorzeniu postępowania *in rem* na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. dotyczy tylko takich sytuacji, w których osobie podejrzaney „nie przedstawiono zarzutów, ani nie przesłuchano w charakterze podejrzanego, dopuszczając się obrazy art. 313 k.p.k.”⁶

⁶ Wyrok SN z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 201/11, OSNKW 2012, nr 6, poz. 60.

Końcowa uwaga dotycząca obrazu art. 313 k.p.k. jest szczególnie istotna. Chodzi zatem o sytuację, w której prokurator bezpodstawnie nie przedstawia zarzutów, mimo że istnieją wszelkie podstawy dowodowe do wydania tego rodzaju gwarancyjnej decyzji i traktuje osobę podejrzaną jako faktycznie podejrzanego, pozbawionego bezprawnie uprawnień strony w zakresie prawa do obrony i możliwości korzystania z gwarancji *ne bis in idem* w razie umorzenia postępowania. Wydaje się, że w takim wypadku prowadzenia postępowania faktycznie *in personam*, a formalnie *in rem* można bardziej przekonująco uzasadnić przyznanie waloru prawomocności decyzji umarzającej, a w konsekwencji, w razie utrzymania jej przez sąd w mocy – dopuszczalność kasacji. Dotyczyłoby to jednak każdego przypadku nieprawidłowo prowadzonego postępowania z naruszeniem art. 313 k.p.k. i prawa do obrony, niezależnie od przyczyny umorzenia postępowania w fazie *in rem*⁷, mimo faktycznego podejmowania czynności procesowych typowych dla fazy *in personam* w celu zebrania dowodów obciążających osobę faktycznie podejrzanego. Z naciskiem należy podkreślić, że chodzi o jednoczesne naruszenie prawa do obrony, inaczej bowiem należałoby potraktować sytuację, w której nieprzedstawienie zarzutów, mimo wszelkich podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, nie byłoby związane z ograniczeniem prawa do obrony, lecz wręcz przeciwnie, stanowiłoby bezzasadne działanie prokuratora na korzyść sprawcy przestępstwa. Taką decyzję, wydaną *in rem*, trudno byłoby w płaszczyźnie wykładni funkcjonalnej uznać za zdolną do uzyskania prawomocności i gwarantującą tym samym osobie podejrzaną „powagę rzeczy rozstrzygniętej”, wykluczającą możliwość podjęcia postępowania na nowo w trybie przewidzianym w art. 327 § 1 k.p.k.

Korektura trafnej *in genere* tezy SN o niedopuszczalności kasacji od orzeczeń sądów wydanych w trybie zaskarżenia postanowień prokuratora umarzających postępowanie przygotowawcze „w sprawie”, skądinąd dyskusyjna *de lege lata*, wydaje się funkcjonalnie i gwarancyjnie uzasadniona tylko w całkiem wyjątkowych przypadkach. Faktycznie podejrzanego, co do którego prawomocnie umorzono postępowanie sądowe w następstwie zażalenia na umorzenie postępowania przygotowawczego *in rem*, może wówczas co prawda liczyć się z wniesieniem kasacji przez podmioty specjalne, ale korzysta dzięki prawo-

⁷ Szersze uzasadnienie tego stanowiska – zob. R. Kmieć, Glosa do wyroku z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 201/11, Państwo i Prawo 2013, nr 7, s. 120 i n., a wcześniej także Glosa do postanowienia z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. V KK 416/07, Przegląd Sądowy 2008, nr 10, s. 143 i n. Prokurator, umarzając postępowanie z powodu znikomej szkodliwości czynu nie „przypisuje” obywatelowi czynu, gdyż czyn przypisać może oskarżonemu wyłącznie sąd. Prokurator w postępowaniu przygotowawczym podejmuje decyzje i sporządza akt oskarżenia w stosunku do czynu „zarzucanego” (por. art. 314, art. 332 § 1 pkt 2 k.p.k.), a rezygnując z przedstawienia zarzutu co do czynu „zarzucanego”, stwierdza niedopuszczalność procesu z powodu negatywnej przesłanki procesowej. W przeszłości prokurator mógł „przypisać” czyn sprawcy, gdy był uprawniony do warunkowego umorzenia postępowania. Obecnie uprawnienie to przysługuje wyłącznie sądowi.

mocności z gwarancji *ne bis in idem* i może być ponownie ścigany wyłącznie w trybie wznowienia postępowania sądowego lub przygotowawczego⁸, nie zaś w każdym czasie w trybie podjęcia postępowania na nowo.

W typowych zatem sytuacjach, a w praktyce w przytłaczającej większości spraw karnych, gdy prokurator bezpodstawnie umarza postępowanie przygotowawcze *in rem*, a sąd mimo to utrzymuje decyzję prokuratora w mocy, kasacja nie przysługuje podmiotom wymienionym w art. 521 k.p.k., niezależnie od powodu umorzenia postępowania, które może być podjęte na nowo w wyniku nadzoru przewidzianego w ustawie o prokuraturze oraz przepisach k.p.k. (art. 327 § 1 k.p.k.), bez włączania do sprawy kontroli kasacyjnej.

Natomiast *de lege ferenda* wskazane byłoby wyraźne rozszerzenie przedmiotu kasacji na postanowienie sądu utrzymujące w mocy postanowienie prokuratora pozornie umarzające postępowanie *in rem*, jeżeli autor kasacji uprawdopodobni, że postępowanie toczyło się faktycznie przeciwko osobie (*in personam*) i z naruszeniem jej prawa do obrony albo dotyczyło osoby, która wcześniej w sprawie o ten sam czyn występowała w procesowej roli podejrzanego, oskarżonego lub skazanego, w postępowaniu umorzonym następnie z powodu relatywnej negatywnej przesłanki procesowej.

Inadmissibility of cassation recourse in discontinued criminal proceedings *in rem*

Abstract

As a matter of principle, the Supreme Court is right with the reasoning behind their recent resolution which found that no cassation recourse is possible against the court's decision upholding the prosecutor's decision to discontinue preparatory proceedings in rem if no charge is presented to any person. In practise, however, there are extraordinary situations where the cassation recourse is admissible for guarantee reasons, if the preparatory proceedings were actually conducted against a person who: contrary to law, had not been presented charges by a law enforcement agency which thereby deprived such person of his or her status of a party (accused person) to the detriment of such person's procedural rights; or, in the case involving the same crime, had been acting as a defendant as a result of an infectively filed auxiliary indictment.

⁸ Utrzymanie w mocy postanowienia prokuratora przez sąd nie wyłącza możliwości wznowienia postępowania przygotowawczego (art. 327 § 2 k.p.k.), bowiem w ustawie ograniczenie, o którym mowa z art. 328 § 1 zd. 2 k.p.k. dotyczy tylko uprawnień Prokuratora Generalnego w zakresie kontroli zasadności umorzenia postępowania prowadzonego przeciwko osobie.

Małgorzata Szeroczyńska

Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej na kanwie artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk

Streszczenie

Tekst stanowi komentarz do artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk „Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym” opublikowanego w nr 3 z 2017 r. miesięcznika Prokuratura i Prawo. Autorka zgadza się z większością poglądów wyrażonych w tym artykule, w szczególności z tezą, że zgoda pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub – w przypadku śmierci pacjenta – osoby bliskiej (z wyjątkiem sprzeciwu innej osoby bliskiej) stanowi wystarczającą przesłankę do przesłuchania lekarza w postępowaniu przygotowawczym bez konieczności korzystania z art. 180 § 2 k.p.k. Autorka przytacza na poparcie tej tezy kolejne argumenty, porównując instytucję tajemnicy medycznej z tajemnicą bankową i sposoby zwalniania z tych tajemnic. Ponadto analizuje kwestię wprowadzenia do postępowania karnego dokumentacji medycznej, a także inne przypadki zwolnienia z mocy prawa lekarza z tajemnicy, a wręcz jego obowiązku złożenia zawiadomienia o przestępstwie i zeznań zawierających informacje o pacjencie uzyskane w czasie jego leczenia. Liczba sytuacji, kiedy lekarz jest zwolniony wobec organów prowadzących postępowanie karne od zachowania tajemnicy medycznej, prowadzi Autorkę do konkluzji – sprzecznej z wnioskiem A. Jaskuły i K. Płończyk – że korzystać z art. 180 § 2 k.p.k. należy jedynie w przypadkach, gdy lekarz powoła się na związanie tajemnicą medyczną.

Wprowadzenie

Z bardzo dużym zainteresowaniem przeczytałam artykuł A. Jaskuły i K. Płończyk zatytułowany „Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym”, opublikowany w nr 3 z 2017 r. Prokuratury i Prawa¹ i w pełni podzielałam wszystkie wyrażone w nim poglądy autorek dotyczące uprawnienia pacjenta do zwolnienia lekarza z tajemnicy dla potrzeb postępowania przygotowawczego. Bardzo się cieszę, że ten tekst został opublikowany, gdyż w sposób precyzyjny i przekonujący obala, moim zdaniem całkowicie błędny, pogląd Zastępcy Dyrektora Departamentu Postępowania Przygotowawczego Prokuratury Krajowej zawarty we „Wskazaniach metodycznych z dnia 10 czerwca 2016 r. dla prokuratorów prowadzących lub nadzorujących postępowania przygo-

¹ S. 83–105.

wawcze o przestępstwa narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przez lekarza będącego gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej – art. 160 § 2 k.k.”, iż zwolnienie z tajemnicy lekarskiej dokonane przez pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego, a po śmierci pacjenta przez jego osobę bliską, nie jest wystarczające dla przesłuchania lekarza w charakterze świadka w ramach postępowania karnego, ale że nawet wtedy niezbędne jest uzyskanie postanowienia o zwolnieniu z takiej tajemnicy wydanego przez sąd. Na poparcie też A. Jaskuły i K. Płończyk w tym zakresie chciałabym do dyskusji dołączyć kilka dodatkowych argumentów (1–2), jak również podzielić się paroma wątpliwościami co do spójności obowiązujących przepisów (3–5), także w kontekście omawianego przez autorki orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2013 r. (sygn. SNO 58/12)², do oceny którego mam jednak odmienne od autorek zdanie.

1. Prawo do tajemnicy lekarskiej prawem podmiotowym pacjenta

Obowiązek zachowania tajemnicy medycznej przez wszystkie osoby wykonujące zawód medyczny (w tym lekarzy) wynika z faktu posiadania przez pacjenta prawa podmiotowego do ochrony przed ujawnieniem wszelkich informacji prywatnych dotyczących jego osoby, w szczególności związanych z jego stanem zdrowia i prowadzonym leczeniem. To prawo podmiotowe ma charakter konstytucyjny (art. 47 i art. 51 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., dalej: Konstytucja³), potwierdzony w art. 13 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴ (dalej: ustawa o prawach pacjenta).

Prawo podmiotowe to uprawnienie danej osoby nakładające na organy władzy oraz osoby trzecie obowiązki zarówno negatywne (zakaz jego naruszania), jak i pozytywne (podejmowanie takich działań, by osoba ta mogła swoje prawo podmiotowe rzeczywiście realizować)⁵. Co więcej, beneficjentowi danego prawa podmiotowego służy roszczenie do organów państwa i osób trzecich, jeśli jego uprawnienie jest naruszane (o zaniechanie takich naruszeń), ale także gdy nie realizują oni swoich obowiązków pozytywnych (o wykonanie tych obowiązków umożliwiających mu realizację danego prawa podmiotowego). Co więcej, służy mu także wybór, czy będzie korzystał z przysługujących mu środków ochrony, a jeśli tak, to jakich, czy też wyrazi zgodę na naruszenie jego uprawnienia, czym wyłączy bezprawność takiego naruszenia⁶.

² Lex 1297724.

³ Dz. U. Nr 78 poz. 483 z późn. zm.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1318.

⁵ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, C. H. Beck 1999, s. 84 i n.

⁶ Z. Radwański, Koncepcja praw podmiotowych osobistych, RPEiS 1988, nr 2, s. 4 i n.; A. Szpunar, Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych, RPEiS 1990, nr 1, s. 41 i n.

Obowiązek jest wtórny do prawa podmiotowego (czyli wynika z istnienia danego prawa podmiotowego u innego podmiotu, w tym wypadku u pacjenta), zatem trzeba mieć świadomość, że ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁷ (dalej: ustawa o zawodach lekarza), choć dużo starsza, jest w swojej treści, w zakresie odnoszącym się do obowiązków lekarzy, wtórna do ustawy o prawach pacjenta. Stąd rozważania dotyczące beneficjenta i dysponenta prawem do tajemnicy lekarskiej (która jest częścią tajemnicy medycznej) należy zacząć od treści ustawy o prawach pacjenta (która we wskazówkach metodycznych została pominęła całkowitym milczeniem), jako statuującej to uprawnienie, a nie od ustawy o zawodach lekarza, powtarzającej treściowo jej zapisy z punktu widzenia wynikających z tego uprawnienia obowiązków oraz wyjątków od nich. Nie zmienia tego treściowa spójność zapisów art. 14 ust. 1–4 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 1–3a ustawy o zawodach lekarza. Oba akty prawne muszą być bowiem w tym zakresie identyczne, gdyż pierwszy jest pisany językiem praw, a drugi – językiem wynikających z nich obowiązków, stanowią więc one po prostu dwie strony jednej instytucji prawnej.

Ową wtórność obowiązku zachowania tajemnicy w stosunku do uprawnienia ochrony informacji prywatnych wyraźnie podkreśla art. 14 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta, który wprost stanowi, że osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem w celu realizacji jego prawa wynikającego z art. 13 tej ustawy, a więc właśnie prawa do ochrony informacji dotyczących pacjenta. Przy takim sformułowaniu ustawy nie ma najmniejszych wątpliwości, że obowiązek lekarzy (i innego personelu medycznego) zachowania tajemnicy medycznej nie chroni żadnej wartości ogólnej, związanej ze „sztuką medyczną” czy standardami wykonywania zawodu, ale właśnie prawo pacjenta – ustanowiony jest, jak literalnie mówi ustawa – „w celu realizacji” prawa pacjenta. Stąd, jeśli obowiązek ten jest stworzony dla ochrony prawa pacjenta i wyłącznie w tym celu, to pacjent jest jego beneficjentem – może dochodzić roszczeń w przypadku naruszeń tego prawa (1.1), ale także jest jego dysponentem, czyli może z tego prawa zrezygnować (1.2).

1.1. Pacjent beneficjentem tajemnicy lekarskiej

Należy mieć świadomość – co słusznie zauważyły A. Jaskuła i K. Płończyk⁸ – że lekarze i osoby wykonujące inne zawody medyczne mają obowiązek zachować w tajemnicy nie tylko informacje odnoszące się do stanu zdrowia pacjenta i procesu jego leczenia, ale wszelkie informacje prywatne dotyczące pacjenta (np. jego życia rodzinnego, duchowego, jego stanu ma-

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 125 z późn. zm.

⁸ S. 84.

jątkowego itp.), w posiadanie których wejdą w procesie jego leczenia⁹. Ochrona danych medycznych mieści się bowiem w zakresie szeroko pojętego prawa do prywatności, które zawiera w sobie prawo do nieinformowania innych o swoim życiu prywatnym, w tym także o bardzo prywatnych, jeśli wręcz nie intymnych, kwestiach jak zdrowie i choroba¹⁰.

Nie ulega wątpliwości, że żadne informacje dotyczące pacjenta, w tym w szczególności informacje dotyczące jego stanu zdrowia, rokowania, wdrożonego i planowanego leczenia, nie mogą być ukrywane przed samym pacjentem (przedstawicielem ustawowym pacjenta niemającego pełnej zdolności do czynności prawnych). Wynika to przede wszystkim z prawa pacjenta do informacji, które jest warunkiem niezbędnym do zaistnienia prawa do autonomii przy podejmowaniu decyzji medycznych – gdyż dla podjęcia tzw. świadomej zgody na proponowane leczenie, należy mieć najpierw dostęp do pełnej i zrozumiałej informacji na temat swojego stanu zdrowia, rokowania, możliwych terapii i skutków ubocznych ich wdrożenia albo zaniechania (art. 9 ust. 1–8 ustawy o prawach pacjenta, art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza). Jednym dopuszczalnym przypadkiem zachowania w tajemnicy przed pacjentem bez jego wiedzy informacji o jego stanie zdrowia jest tzw. przywilej terapeutyczny. Zgodnie z art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza lekarz może ograniczyć pacjentowi informację o jego stanie zdrowia i rokowaniu, jeśli według jego oceny za takim ograniczeniem przemawia dobro pacjenta. Lekarz takiej oceny oraz wyboru informacji, które jednak pacjentowi przekaze (gdyż na podstawie tego przepisu nie może pozbawić go całkowicie prawa do informacji), dokonuje samodzielnie, chyba że pacjent wprost żąda przekazania wszystkich informacji (art. 9 ust. 6 ustawy o prawach pacjenta)¹¹. Z drugiej strony pacjent może całkowicie zrezygnować z prawa do udzielania mu informacji (art. 9 ust. 4 ustawy o prawach pacjenta), wtedy zezwala lekarzowi na zachowanie tajemnicy przed samym sobą – jest to więc przypadek zachowania tych informacji w tajemnicy przed pacjentem za wiedzą i zgodą pacjenta.

Poza powyższymi przypadkami pacjent otrzymuje całość informacji i decyduje, komu jeszcze lekarz może ją przekazać. Charakterystyczne jest, że nawet gdy lekarz korzysta z przywileju terapeutycznego albo gdy na żądanie pacjenta nie udziela mu żadnych informacji, nie oznacza to, iż może je przekazać komukolwiek innemu, jeśli pacjent takiego zezwolenia nie udzieli mu wprost, wskazując osobę uprawnioną do otrzymania informacji.

⁹ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Difin 2001, s. 328–329, 333–335; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, 2000, s. 352; A. Huk, *Tajemnicy zawodowa lekarza*, Prokuratura i Prawo 2001, nr 6, s. 72; D. Karkowska, *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, ABC 2010, s. 196–197.

¹⁰ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, *op. cit.*, s. 327; D. Karkowska, *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta*, *op. cit.*, s. 186.

¹¹ D. Karkowska, *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta*, *op. cit.*, s. 191.

Ujawnienie informacji dotyczącej zdrowia pacjenta wbrew woli pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, a więc innym osobom niż wprost przez niego upoważnione, stanowi naruszenie art. 266 § 1 k.k.¹² Nie ulega przy tym wątpliwości, że dobrem naruszonym jest swoboda pacjenta do ujawniania lub nieujawniania informacji dotyczących jego życia¹³. Potwierdza to § 3 tego przepisu, który statuuje wnioskowy tryb jego ścigania, w przeciwieństwie do naruszenia tajemnicy państwowej, które ścigane jest z urzędu. Jeśli to pokrzywdzony jest wyłącznym decydentem, czy osoba naruszająca tajemnicę medyczną będzie ścigana karnie, oznacza to, iż tajemnica ta chroni jedynie jego dobro osobiste, a nie żadne inne wartości.

Także odpowiedzialność cywilna za ujawnienie tajemnicy lekarskiej (czy szerzej: medycznej) wskazuje wyraźnie, że jedynym beneficjentem tej tajemnicy jest pacjent. W przypadku bowiem ujawnienia takiej tajemnicy może on dochodzić roszczeń na podstawie przepisów o ochronie dóbr osobistych¹⁴ i żądać zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 4 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta). Jeśli mówimy więc o krzywdzie poszkodowanego (pacjenta), to nie ulega wątpliwości, że to dobro pacjenta jest w tym przypadku dobrem ustawowo chronionym, a nie jakaś wartość istniejąca obiektywnie i niezależnie od osoby i woli pacjenta.

Warto mieć świadomość, że ochrona w tajemnicy informacji dotyczących pacjenta jest prawem ściśle osobistym. Obecne przepisy nie pozwalają bowiem na ujawnienie, bez wyrażonego wprost imiennie upoważnienia przez pacjenta, tych informacji nawet członkom jego najbliższej rodziny – małżonkowi, dzieciom, rodzeństwu itp. (wyjątek stanowią oczywiście przedstawiciele ustawowi pacjenta niezdolnego do czynności prawnych, gdyż jako osoby wykonujące w jego imieniu jego prawa podmiotowe, w tym prawo do podejmowania decyzji dotyczące jego leczenia, są sami uprawnieni do uzyskania wszelkich informacji jego dotyczących, co wynika wprost z art. 9 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta). Jedynym wyjątkiem w tym przedmiocie jest możliwość informowania przez lekarza najbliższych pacjenta poniżej 16 roku życia lub niezdolnego do komunikowania się (w tym nieprzytomnego). W takim wypadku art. 31 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza zezwala lekarzowi na udzielenie informacji osobie bliskiej pacjenta. Wydaje się jednak, że unormowanie to dotyczy sytuacji, kiedy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego albo nie ma z tym przedstawicielem kontaktu. W przeciwnym wypadku

¹² Z. Banaszczyk i inni, *Odpowiedzialność lekarza – jej rodzaje i podstawy*, (w:) L. Kubicki (red.), *Prawo medyczne*, Urban & Partner 2003, s. 164; E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, ABC 2008, s. 584; J. Zajdel, *Prawo w medycynie*, Progress, 2006, s. 216.

¹³ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, *op. cit.*, s. 329.

¹⁴ D. Karkowska, *Komentarz do ustawy o prawach pacjenta*, *op. cit.*, s. 219.

decyzja, komu poza nim udzielać informacji dotyczących pacjenta, wynika wyłącznie z woli jego przedstawiciela ustawowego.

Powyższe regulacje dowodzą, że prawo do zachowania informacji medycznych w tajemnicy leży tylko w interesie osobistym pacjenta¹⁵, brak natomiast jakiegokolwiek innego interesu (jak np. dobro rodziny – gdyż, jak wskazano powyżej, także ona jest wyłączona z dostępu do informacji objętych tajemnicą, jeśli pacjent wprost nie powie inaczej), czy wartości społecznej (jak np. zaufanie do zawodu lekarza¹⁶), którą owa tajemnica ma chronić, w szczególności chronić wbrew woli pacjenta. Potwierdził to Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z dnia 4 listopada 2010 r., sygn. II AKz 588/10¹⁷, podkreślając, iż funkcją zakazów związanych z tajemnicami zawodowymi, w tym lekarską, nie jest ochrona interesów osób, które te zawody wykonują, lecz nade wszystko ochrona osób, które w zaufaniu do funkcji publicznej lekarza, powierzają mu wiedzę o faktach, którymi nie chcą na ogół dzielić się z innymi osobami.

Pacjent jest wyłącznym beneficjentem tej tajemnicy, gdyż to on korzysta z podmiotowego prawa do prywatności, w której zakres wchodzi dane uważane przez niego za prywatne, a więc objęte tajemnicą¹⁸. Jeśli tajemnica medyczna chroni tylko prawo podmiotowe pacjenta, to on jest jedyną osobą, która może swobodnie tym prawem dysponować, ale też jego wola jest warunkiem wystarczającym do zwolnienia z obowiązku zachowania tej tajemnicy.

1.2. Pacjent dysponentem tajemnicy medycznej

Z zasady każdy może zrezygnować ze swoich praw podmiotowych. Bardzo mało jest praw tzw. absolutnych, których nawet beneficjent nie może ograniczyć, ani tym bardziej z nich zrezygnować (przykładem jest choćby zakaz niewolnictwa, który obowiązuje, nawet jeśli dana osoba dobrowolnie oddaje się innej w niewolę; czy zakaz pozbawienia życia innej osoby, o czym świadczy wprost art. 150 § 1 k.k.¹⁹ zakazujący zabicia drugiej osoby na jej żądanie). Prawo do prywatności niewątpliwie należy do tych praw, których zakres określa swoją wolą jednostka²⁰, a więc może je dowolnie ograniczyć, a nawet całkowicie z niego zrezygnować. T. Zimna łączy wprost prawo

¹⁵ D. Karkowska, Komentarz do ustawy o prawach pacjenta, *op. cit.*, s. 195.

¹⁶ Odmienne kwestię tę reguluje prawo francuskie i belgijskie, które nie dopuszcza możliwości uchylenia tajemnicy lekarskiej, nawet za zgodą pacjenta. Według tych systemów tajemnica ma charakter absolutny i służy dobru ogółu, a nie wyłącznie jednostki. Por. M. Śliwka, Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym, TNOiK 2008, s. 240.

¹⁷ KZS 2011, nr 7–8, poz. 68.

¹⁸ A. Żygadło, Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności, Lex 2011, rozdział 2.2 Beneficjent tajemnicy bankowej, wersja elektroniczna, Lex nr 135739.

¹⁹ Kodeks karny ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.

²⁰ M. Boratyńska, P. Konieczniak, Prawa pacjenta, *op. cit.*, s. 327.

do dysponowania informacją o swoim stanie zdrowia i leczeniu, w tym także zawartą w dokumentacji medycznej, z prawem pacjenta do autonomii²¹.

Jeśli tajemnica medyczna ma za zadanie chronić prywatność pacjenta, to jest on w pełni uprawniony, by ten obowiązek ograniczyć albo nawet uchylić²². M. Filar nazywa wręcz pacjenta „panem tajemnicy”²³. Nie ulega żadnej wątpliwości, że zgoda pacjenta na ujawnienie informacji dotyczących jego osoby stanowi prawną podstawę uchylenia obowiązku zachowania tej tajemnicy zawodowej²⁴. W literaturze spotyka się wręcz stwierdzenie, że ujawnienie tajemnicy lekarskiej na podstawie zgody pacjenta, to znaczy w oparciu o art. 40 ust. 2 pkt 4 ustawy o zawodach lekarza, stanowi kontrakt, wyłączający bezprawność czynu z art. 266 § 1 k.k.²⁵ Co więcej, nie ma żadnych przeciwwskazań, by ten obowiązek zdjąć z lekarza w jego kontaktach z każdym podmiotem, byle w zgodzie pacjenta zostało wyraźnie wskazane, wobec kogo lekarz jest uprawniony ujawnić dane generalnie objęte tajemnicą (konkretnej osoby, mediów, organów publicznych, w tym organów ścigania itp.)²⁶. Nie ma żadnych przesłanek, by takie zwolnienie lekarza przez pacjenta z obowiązku zachowania tajemnicy nie obejmowało także potrzeb postępowania przygotowawczego.

Nie oznacza to, że pacjent zawsze może skutecznie zwolnić lekarza z obowiązku zachowania informacji go dotyczących w tajemnicy przed organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości, jednakże przypadki te są wprost uregulowane w ustawach, które wprowadzają tzw. zakazy dowodowe. Jeśli chodzi o postępowanie karne i tajemnicę lekarską zakazy takie są dwa. Jeden przewiduje art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego²⁷. Przepis ten głosi, że nie wolno przesłuchiwać osób obowiązanych do zachowania tajemnicy²⁸ jako świadków na okoliczność wypowiedzi osoby, wobec której podjęto działania na podstawie tej ustawy, co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary. Co więcej, zgodnie z art. 51 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, informacji takich nie wpisuje-

²¹ T. Ziemińska, Glosa do wyroku NSA z dnia 8 września 2016 r., sygn. II OSK 1134/16, Lex/el. 2016.

²² I. Bernatek-Zagula, Prawo pacjenta w Polsce do informacji medycznej, Wydawnictwo Adam Marszałek, 2008, s. 112; M. Boratyńska, P. Konieczniak, Prawa pacjenta, *op. cit.*, s. 342; M. Śliwka, Prawa pacjenta, *op. cit.*, s. 252.

²³ M. Filar, Lekarskie prawo karne, *op. cit.*, s. 351.

²⁴ D. Karkowska, Komentarz do ustawy o prawach pacjenta, *op. cit.*, s. 203.

²⁵ T. Dukiet-Nagórska, Lekarski obowiązek współdziałania z organami ścigania a tajemnica lekarska, Prawo i Medycyna 2002, nr 12, s. 7; E. Zielińska (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, *op. cit.*, s. 569.

²⁶ E. Zielińska (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, *op. cit.*, s. 576; M. Boratyńska, P. Konieczniak, Standardy wykonywania zawodu lekarza, (w:) L. Kubicki (red.), Prawo medyczne, *op. cit.*, s. 78.

²⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 882.

²⁸ Osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy oraz jej zakres i wyłącznie wymienione są w art. 50 ust. 1–2 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

je się do dokumentacji medycznej pacjenta. Drugi taki zakaz zawarty został w art. 199 k.p.k.²⁹, zgodnie z którym nie mogą stanowić dowodu oświadczenia oskarżonego dotyczące zarzucanego mu czynu złożone wobec biegłego lub lekarza udzielającego mu pomocy. Oczywiście, pacjent w obu tych sytuacjach może zwolnić lekarza z obowiązku zachowania tajemnicy także wobec organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości i w przypadku przekazania takich informacji lekarz nie będzie pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie art. 266 § 1 k.k., niemniej jednak uzyskane tak informacje nie będą mogły być wykorzystane w ramach postępowania karnego. Paradoksalnie, obie regulacje mają na celu ochronę wyłącznie interesów pacjenta – sprawcy czynu zabronionego. Ustawodawca przyjął bowiem, skądinąd słusznie, że osoba objęta pomocą psychiatryczną oraz osoba, której udziela się nagłej pomocy lekarskiej, znajdują się w tak trudnej sytuacji emocjonalnej i są tak podatne zarówno na wpływy, jak i na samoistną impulsywną chęć przyznania się do czynów zabronionych, że ich sytuacja – nawet jeśli ich wypowiedzi wprost zawierają stwierdzenie, żeby lekarz poinformował o tym właściwe władze – nie powinna być wykorzystywana przeciwko niemu, gdyż trudno w tym wypadku mówić – właśnie ze względu na stan emocjonalny pacjenta – o w pełni świadomej zgodzie na ujawnienie takich tajemnic, milczenie co do których objęte jest przecież prawem do obrony, o czym pacjent w momencie składania oświadczeń wobec lekarza może być po prostu nieświadomy. Tak więc, by zapobiec nadużyciom takich sytuacji, oba zakazy mają na celu chronienie prywatności i prawa do obrony pacjenta także wbrew jego woli, a więc nawet gdy zażąda on od lekarza publicznego ujawnienia tych informacji³⁰.

Pomijając dwa powyższe zakazy bezwzględnego zwolnienia lekarza przez pacjenta z tajemnicy lekarskiej dla potrzeb postępowania karnego, nie ma żadnych przeciwwskazań, by lekarz był przesłuchiwany w charakterze świadka bez uzyskania zwolnienia z tajemnicy przez sąd, jeśli zakres jego zeznań pokrywa się z zezwoleniem udzielonym mu w tym względzie przez pacjenta na podstawie art. 14 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawach pacjenta. Wyjątki od obowiązku zachowania tajemnicy medycznej przewidziane w poszczególnych punktach art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta są bowiem tak samo ważne i wystarczy spełnienie jednego z nich, by lekarz był zwolniony z tego obowiązku.

Jeśli więc pacjent zwolni lekarza z obowiązku zachowania tej tajemnicy dla potrzeb przesłuchania go w charakterze świadka w postępowaniu przygotowawczym (a więc gdy będzie miał zastosowanie pkt 3 art. 14 ust. 2

²⁹ Kodeks postępowania karnego, ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 z późn. zm.

³⁰ A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, Lekarz psychiatra jako świadek w postępowaniu karnym, *Prawo i Medycyna* 2013, nr 3–4, s. 89 i n.; M. Urbaniaś, Zakres obowiązywania zakazu dowodowego przewidzianego w art. 199 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 7–8, s. 122 i n.

ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 4 ustawy o zawodach lekarza), nie ma konieczności odwoływania się do przepisów odrębnych (zgodnie z art. 14 ust. 2 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta, czy z art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy o zawodach lekarza), czyli w tym wypadku do art. 180 § 2 k.p.k. Z art. 14 ust. 2 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy o zawodach lekarza w zw. z art. 180 § 2 k.p.k. korzystać należy jedynie (o ile przesłuchanie lekarza jest niezbędne), gdy pacjent wyraził sprzeciw na ujawnienie tajemnicy dotyczącej jego osoby, albo gdy nie można uzyskać od niego stanowiska w tym przedmiocie. Gdyby poszczególne punkty art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza nie były tak samo ważne i nie stanowiłyby odrębnie wystarczającej podstawy do uchylenia tajemnicy, to musielibyśmy dojść do absurdu i przy innych punktach tych przepisów też poszukiwać zbiegu podstawy w innej ustawie. Zresztą interpretacja taka jest po prostu sprzeczna z zasadami poprawnej legislacji, zgodnie z którymi, jeśli przepis wymienia enumeratywnie warunki spełnienia się danej tezy, to mają one znaczenie alternatywy, a więc każdy z nich jest warunkiem wystarczającym, a konieczne jest jedynie spełnienie przynajmniej jednego z nich. Jeśli ustawodawca chce, by warunki wymienione w danym przepisie były spełnione kumulatywnie, wyraźnie to zaznacza, czego przykładem jest choćby art. 354a § 1 k.p.k., mówiący o konieczności wysłuchania przed zastosowaniem środków zabezpieczających: 1) psychologa; 2) przy stwierdzeniu niepoczytalności, poczytalności ograniczonej lub zaburzeń osobowości oraz gdy sąd uzna to za zasadne – ponadto biegłych lekarzy psychiatrów; 3) w sprawach osób z zaburzeniami preferencji seksualnych – biegłych wskazanych w punktach 1 i 2 oraz biegłego lekarza seksuologa lub biegłego psychologa seksuologa. W art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza brak zwrotów „ponadto” czy „oraz”, co jednoznacznie wskazuje na rozłączne stosowanie poszczególnych warunków.

Zresztą argument, że pacjent nie może zwolnić lekarza z tajemnicy lekarskiej dla potrzeb postępowania przygotowawczego, bo do tego kompetencję ma wyłącznie sąd, bardzo łatwo obalić porównując tę kwestię do tajemnicy bankowej, która ma przewidzianą analogiczną ścieżkę zwalniania z tajemnicy.

2. Prawo do tajemnicy lekarskiej a prawo do tajemnicy bankowej

Obowiązek tajemnicy bankowej wynika z art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe³¹ (dalej: prawo bankowe). Również ten obowiązek jest pochodną prawa klienta banku do nieujawniania innym osobom danych go dotyczących, tym razem w zakresie jego stanu majątkowego oraz dokonywanych operacji majątkowych. Także to uprawnienie podmioto-

³¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1988 z późn. zm.

we wywodzi się z art. 47 i art. 51 ust. 1 Konstytucji, jest bowiem elementem szeroko pojętego prawa do życia prywatnego (w którego zakres – jak wcześniej wskazano – wchodzi też prawo do nieujawniania danych dotyczących stanu zdrowia i prywatności w kontekście leczenia, co zbliża obydwie tajemnice i tym bardziej uprawnia do porównania regulacji ich dotyczących). Tajemnica bankowa, podobnie jak tajemnica medyczna, jest środkiem ochrony prawa do prywatności, a nie celem samym w sobie, ani tym bardziej przywilejem banku³², tak jak tajemnica lekarska nie jest przywilejem lekarza (czy szerzej – tajemnica medyczna nie jest przywilejem osób wykonujących poszczególne zawody medyczne). A. Żygadło słusznie podkreśla, że tajemnica bankowa jest dobrem osobistym jej beneficjenta³³.

Analogicznie jak przy tajemnicy lekarskiej, także prawo bankowe przewiduje, że tajemnica bankowa nie wiąże wobec klienta banku, którego dotyczą dane informacje. O ile w ustawach medycznych wynika to z regulacji prawa do informacji, o tyle prawo bankowe wprowadziło taki zapis wprost do art. 104 ust. 3. Nie ulega więc wątpliwości, że klient banku jest beneficjentem tajemnicy bankowej.

Nie ulega też wątpliwości, że jest on jej dysponentem, gdyż zgodnie z tym samym przepisem, bank może ujawnić informacje dotyczące danego klienta i jego rachunków bankowych jedynie osobom, które klient pisemnie upoważnił³⁴. Upoważnienie takie musi wskazywać konkretną osobę lub jednostkę organizacyjną, której dane informacje mogą być przekazane, a także wskazywać zakres tych informacji. Nie ma tu żadnych wątpliwości, że takim podmiotem upoważnionym może być policja, prokuratura czy sąd. Co więcej, bank nie ma uprawnienia odmowy przyjęcia takiego upoważnienia; tym samym należy uznać, że jest związany jego treścią³⁵, a więc otrzymawszy zapytanie od podmiotu pisemnie przez klienta upoważnionego w zakresie informacji objętych tym upoważnieniem, musi tych informacji udzielić, bez badania powodu ich żądania i przyczyny udzielenia upoważnienia.

Art. 104 ust. 3 prawa bankowego jest odmiennie językowo skonstruowany niż art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta czy art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza. W przeciwieństwie do tych przepisów, nie wymienia on wszystkich wypadków, kiedy podmiot zobowiązany do tajemnicy może ujawnić objęte nią informacje, ale reguluje wyłącznie kwestię upoważnienia, czyli udzielenia informacji za zgodą (czy też może lepiej powiedzieć: na życzenie) jej dysponenta, wskazując, że istnieją od tej zasady wyjątki przewi-

³² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2006 r., sygn. I KZP 4/06, Prokuratura i Prawo 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, s. 22 i n.

³³ A. Żygadło, Wyłączenia tajemnicy bankowej, *op. cit.*, rozdział 2.8 Tajemnica bankowa a prawo podmiotowe.

³⁴ T. Czech, Beneficjent tajemnicy bankowej, *Monitor Prawa Bankowego* 2011, nr 6, s. 93 i n.

³⁵ W. Błaszczak, Charakter prawny upoważnienia z art. 104 ust. 3 prawa bankowego, *Radca Prawny* 2010, nr 5, s. 47 i n.

dziane w art. 105, 106a i 106b prawa bankowego (przepis posługuje się sformułowaniem: „z zastrzeżeniem art. 105, art. 106a i art. 106b”). Tak naprawdę jednak ta różnica lingwistyczna jest pozorna i wynika jedynie z faktu, że owych wyjątków do ujawniania tajemnicy bankowej poza zgodą klienta jest bardzo dużo, zbyt dużo, by umieścić je w jednej liście, jak to czynią art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza, i wyjątki te zawierają właśnie trzy wymienione powyżej przepisy.

Owo stwierdzenie „z zastrzeżeniem” oznacza dokładnie tyle, że zasada jest ujawnianie tajemnicy bankowej na życzenie klienta, na podstawie pisemnego upoważnienia, jednakże wyjątkowo bank jest uprawniony (a wręcz zobowiązany) do ujawniania danych objętych tajemnicą bankową bez zgody klienta czy nawet wbrew jego sprzeciwowi w przypadkach wymienionych w tych trzech przepisach, czyli jeśli chodzi o postępowanie karne, w odniesieniu do danych dotyczących osób fizycznych – po uzyskaniu zwolnienia z takiej tajemnicy przez sąd okręgowy. Absolutnie nie ma podstaw, by z takiego sformułowania art. 104 ust. 3 prawa bankowego wyinterpretować obowiązek uzyskania sądowego zwolnienia z tajemnicy bankowej, mimo że wcześniej organ procesowy otrzymał od klienta banku upoważnienie do zapoznania się z dotyczącymi go danymi. Wręcz przeciwnie, prawo bankowe tak formułując przepis stwierdza, iż obowiązek korzystania z art. 105, 106a i 106b zachodzi, o ile dany organ nie otrzymał upoważnienia klienta.

Przy art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza nie było potrzeby używać sformułowania „z zastrzeżeniem”, gdyż owe „zastrzeżenia” po prostu zostały wymienione w tych przepisach. Jednakże interpretacja obu regulacji musi być identyczna: pozostałe wyjątki ujawniania tajemnicy realizują się wbrew woli albo nawet wiedzy dysponenta tajemnicy i tylko w przypadku działania wbrew jego woli albo bez jego wiedzy konieczne jest zachowanie przewidzianych prawem procedur zwolnienia z tej tajemnicy, takich jak uzyskanie zezwolenia sądu.

Porównując obie tajemnice, dojść należy do przekonania, że samodzielna dyspozycja pacjenta tajemnicą medyczną jest nawet wyraźniej ustanowioną niż dyspozycja klienta banku tajemnicą bankową. Świadczy o tym choćby fakt, że naruszenie tajemnicy medycznej jest – jak już wcześniej wskazano – ścigane na wniosek, a więc zależy wyłącznie od woli pokrzywdzonego, podczas gdy naruszenie tajemnicy bankowej (oczywiście, bez upoważnienia klienta lub sprzecznie z tym upoważnieniem) jest przestępstwem ściganym z urzędu (art. 171 ust. 5 prawa bankowego). Co więcej, naruszenie tajemnicy bankowej jest karane surowiej, co wskazywałoby, że jest to dobro bardziej chronione niż tajemnica medyczna (choć aksjologicznie można mieć wątpliwości co do poprawności przyjęcia takiej hierarchii wartości). Nie można więc stawiać wyższych wymogów proceduralnych w odniesieniu do uchylenia

tajemnicy lekarskiej niż są one ustanowione dla tajemnicy bankowej, gdyż w sposób nieuprawniony zaburzałoby to spójność całego systemu prawa.

Podsumowując, stwierdzić jednoznacznie należy, że mając na uwadze, iż zarówno tajemnica bankowa, jak i tajemnica lekarska, są przejawem jednego prawa podmiotowego – prawa do prywatności – regulujące je przepisy są zbudowane w analogiczny sposób, a odpowiedzialność cywilna i karna za ich naruszenie jest zbliżona, nie ma żadnych podstaw, by uznawać upoważnienie pacjenta do udzielenia przez lekarza informacji dla potrzeb postępowania karnego za niewystarczające do legalnego złożenia przez tego ostatniego zeznania zawierającego treści objęte tajemnicą medyczną, podczas gdy upoważnienie klienta do udzielenia informacji dla potrzeb tego samego postępowania zwalnia bank z obowiązku zachowania tajemnicy bez potrzeby uzyskania dodatkowo zezwolenia sądu.

Notabene, mimo że ustawy medyczne tego nie wymagają, dla potrzeb postępowania karnego oczywiste jest, iż takie upoważnienie – analogicznie jak przy upoważnieniu do ujawnienia informacji bankowych – musi mieć formę pisemną, gdyż jest to jedyna forma możliwa do przedstawienia lekarzowi przez organ przesłuchujący albo przez lekarza organowi przesłuchującemu. Poza tym, zgoda pacjenta w tym zakresie musi być udokumentowana na przyszłość, by mimo upływu czasu nikt nie miał wątpliwości, że została ona udzielona.

Warto wskazać na dość znaczną niekonsekwencję ustawodawcy karnego dotyczącą kwestii związanych ze zwalnianiem z tajemnicy medycznej na etapie postępowania przygotowawczego. Z jednej strony bowiem wymaga on uzyskania zezwolenia sądowego na przesłuchanie lekarza, z drugiej oddaje dokumentację medyczną w ręce prokuratora bez konieczności uzyskiwania na to niczyjej zgody – ani sądu, ani nawet pacjenta, mimo że niewątpliwie dokumentacja taka zawiera treści objęte tajemnicą, której tylko pacjent jest dysponentem.

3. Dostęp do dokumentacji medycznej w procesie karnym

Obowiązek ochrony prywatności pacjenta dotyczy również informacji zawartych w dokumentacji medycznej³⁶, a zawarte w niej dane wprost objęte są obowiązkiem zachowania w tajemnicy i to także po śmierci pacjenta (art. 24 ust. 3 i 6 ustawy o prawach pacjenta). Co więcej, prawo dostępu do dokumentacji jest również wprost wymienionym prawem pacjenta (art. 23 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta) i tylko on jest uprawniony do wskazania innych osób upoważnionych do wglądu w jego dokumentację (art. 26 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta).

Uregulowanie to jest więc zbliżone do regulacji kwestii ujawnienia tajemnicy medycznej – w zasadzie pacjent jest jedynym dysponentem dokumentacji. Poza podmiotami wymienionymi wprost w art. 26 ust. 3 ustawy o pra-

³⁶ D. Karkowska, Komentarz do ustawy o prawach pacjenta, *op. cit.*, s. 197.

wach pacjenta uprawnionymi do żądania wglądu w taką dokumentację, może ona być okazywana jedynie pacjentowi, jego przedstawicielowi ustawowemu i osobie przez pacjenta upoważnionej, przy czym dotyczy to także wglądu do tej dokumentacji po śmierci pacjenta (art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta), w przeciwieństwie do tajemnicy medycznej, która po śmierci pacjenta może być uchylona przez osobę bliską, nawet jeśli pacjent za życia jej nie upoważnił, pod warunkiem, że nie sprzeciwi się temu inna osoba bliska. Pod tym ostatnim względem regulacja dotycząca wglądu w dokumentację jest surowsza niż ochrona tajemnicy „ustnej”³⁷. Także w tym wypadku ustawa nie przewiduje formy upoważnienia, choć ze względów dowodowych upoważnienie pisemne wydaje się niezbędne.

Mimo to, aby prokurator mógł dla potrzeb postępowania karnego uzyskać wgląd w tę dokumentację, nie musi uzyskiwać ani zgody pacjenta, ani zezwolenia sądu. Ze zdania 2 art. 226 k.p.k. wynika, że jeśli w postępowaniu przygotowawczym zachodzi potrzeba wykorzystania jako dowodu dokumentacji medycznej objętej tajemnicą, to prokurator nie musi się zwracać do sądu o zwolnienie z tej tajemnicy w zakresie ich treści i może samodzielnie zażądać przekazania takiej dokumentacji. Przepis ten stanowi więc *lex specialis* w stosunku do art. 180 § 2 k.p.k.³⁸ Interpretację tę potwierdza art. 26 ust. 3 pkt 3 ustawy o prawach pacjenta, który wprost nakazuje przekazać dokumentację medyczną m.in. właśnie na żądanie prokuratora. W tym celu prokurator nie musi uzyskać nie tylko zezwolenia sądu, ale nawet zgody pacjenta, co wynika *a contrario* z art. 26 ust. 3 pkt 7 ustawy o prawach pacjenta, który zezwala na udzielenie wglądu w dokumentację zakładom ubezpieczeń, w tym jedynym przypadku spośród całej długiej listy (piętnastopunktowej) warunkując wprost tę możliwość od zgody pacjenta, co dowodzi, że

³⁷ Na marginesie warto się zastanowić, czy jeśli osoba bliska, która nie była upoważniona przez pacjenta do wglądu w dokumentację, zwolni lekarza po śmierci pacjenta z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej, to czy jest on uprawniony do ujawnienia danych zawartych w tej dokumentacji, do dysponowania którą osoba zwalnająca nie ma żadnych uprawnień. Wydaje się raczej, że nie, bo jeśli osoba ta nie ma uprawnienia do zapoznania się osobiście z tą dokumentacją, to nie może nakazać osobie trzeciej ujawnić jej treści. Wtedy jednakże samo zezwolenie na ustne ujawnienie tajemnicy staje się puste, jeśli chodzi o informacje związane ze zdrowiem i leczeniem zmarłego pacjenta, gdyż w zasadzie lekarz wszystko, co ma na ten temat do powiedzenia, zawarł w dokumentacji medycznej, której i tak ujawnić mu nie wolno, o ile oczywiście pacjent za życia go do tego nie upoważnił. Dysonans ten pokazuje niespójność wprowadzonych ostatnio przepisów z pozostałymi regulacjami dotyczącymi praw pacjenta. Interpretację powyższą potwierdza także pkt. 10 art. 26 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta, zgodnie z którym dostęp do dokumentacji po śmierci pacjenta bez jego upoważnienia jest możliwy przez jego spadkobierców (a więc niekoniecznie osoby bliskie, a przynajmniej nie wszystkie) jedynie dla potrzeb postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Z tej normy należy wyinterpretować, że w innych przypadkach (np. dla potrzeb przygotowania pozwu cywilnego czy złożenia zawiadomienia o przestępstwie) taki wgląd nie może być udzielony.

³⁸ P. Hoffman i, (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, C.H. Beck 2007, s. 1035.

w pozostałych wypadkach uzyskanie takiej zgody, a nawet poinformowanie o tym fakcie pacjenta, nie jest konieczne. Jeśli więc prokurator ma prawo żądać wglądu w dokumentację medyczną bez zgody pacjenta i sądu, trudno obronić tezę, że dla przesłuchania lekarza nie wystarczy mu zgoda pacjenta.

Należy się zastanowić, czemu w ogóle w takiej sytuacji ma służyć obowiązek zwalniania lekarza z tajemnicy lekarskiej przez sąd, jeśli cała wiedza dotycząca leczenia danego pacjenta, która przecież zawarta jest właśnie w tej dokumentacji, i tak jest prokuratorowi dostępna bez niczyjego zezwolenia, ani pacjenta ani sądu. Po co w ogóle przesłuchiwać lekarza³⁹? Z reguły i tak w momencie przesłuchania nie pamięta on danego pacjenta, a przynajmniej wykonywanych przy nim czynności i stawianych diagnoz. Doświadczenie wskazuje, że lekarz przy przesłuchaniu posiłkuje się dokumentacją medyczną i z reguły jego przesłuchanie nie rozszerza wiedzy organu procesowego. Co więcej, art. 180 § 2 k.p.k. pozwala zwolnić lekarza z tajemnicy jedynie w przypadku, gdy złożone przez niego zeznania mają dostarczyć informacji, których nie da się ustalić na podstawie innego dowodu. Jeśli więc lekarz ma zeznawać jedynie na okoliczności dotyczące leczenia pacjenta, które i tak wynikają z dokumentacji medycznej, a więc mogą być ustalone na podstawie innego dowodu – tej właśnie dokumentacji – brak w ogóle podstaw do zwolnienia lekarza z obowiązującej go tajemnicy.

Nie da się ukryć, że między dostępem prokuratora do dokumentacji medycznej a dostępem do informacji przekazywanych przez lekarza istnieje wyraźna niekompatybilność, mimo identycznego treściowo zakresu danych zawartych w tych dwóch źródłach dowodowych. Przyczyna takiego rozróżnienia proceduralnego wydaje się totalnie niezrozumiała.

Zresztą konieczność uzyskiwania sądowego zwolnienia z tajemnicy lekarza staje się w praktyce wyjątkowa także w związku z innymi źródłami zwolnienia go od przestrzegania tajemnicy, to znaczy obowiązku informowania o przestępstwie wynikającego z art. 240 § 1 k.k. w zw. z art. 14 ust. 2 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy o zawodach lekarza oraz z art. 304 § 1 i 2 k.p.k. i art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁴⁰ w kontekście art. 14 ust. 2 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 3 ustawy o zawodach lekarza, które uchylają tajemnicę, gdy jej zachowanie może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób.

4. Tajemnica lekarska a obowiązek zawiadamiania o przestępstwie

T. Dukiet-Nagórska oraz E. Plebanek i M. Rusinek twierdzą, że lekarz ma obowiązek zawiadomienia o przestępstwie popełnionym na szkodę pacjenta

³⁹ Pomijając przypadki nieprowadzonej, źle prowadzonej lub nieczytelnej dokumentacji.

⁴⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1390.

jedynie za jego zgodą, inaczej narusza art. 266 § 1 k.k., gdyż art. 304 § 1 i 2 k.p.k. i art. 12 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie nie zdejmują z lekarza obowiązku przestrzegania tajemnicy lekarskiej⁴¹. Z tezą tą można się zgodzić, ale nie do końca.

Przede wszystkim należy pamiętać, że obowiązek denuncjacji przestępstw, a tym samym złożenia zeznania w odniesieniu do wszelkich posiadanych na ich temat informacji, wynika z art. 240 § 1 k.k. W zakresie czynów wymienionych w tym przepisie nie ma żadnych wątpliwości, że lekarz mając uzasadnioną wiedzę, iż pacjent jest ofiarą tego typu czynu, nie może tego zataić powołując się na tajemnicę lekarską. Obowiązek denuncjacji w tym wypadku na pewno przeważa nad obowiązkiem zachowania tajemnicy, a lekarz, który takiego zawiadomienia nie złoży, będzie odpowiadał karnie właśnie z art. 240 § 1 k.k. Przepis ten bowiem samodzielnie uchyla obowiązek zachowania tajemnicy – jest ową inną ustawą, o której mówią art. 14 ust. 2 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy o zawodach lekarza⁴². Jedynie w przypadkach, gdy mamy do czynienia z tajemnicą bezwzględną, która nigdy nie może być uchylona, a tym samym treści nią objęte i tak nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym (czyli w sytuacjach opisanych we wspomnianych powyżej art. art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i art. 199 k.p.k.), lekarz zachowując dyskrecję nie naruszy art. 240 § 1 k.k. (*nota bene* – jeśli ową dyskrecję w tych momentach naruszy w imię właśnie obowiązku denuncjacji wynikającego z tego przepisu i tak może narazić się na zarzut z art. 266 § 1 k.k., chyba że działał zgodnie z wolą pacjenta)⁴³. Jeśli bowiem w tych dwóch przypadkach ustawodawca wyraźnie wskazał na dominację obowiązku zachowania tajemnicy nad obowiązkiem denuncjacji, wprowadzając wprost zakazy dowodowe, logicznie należy uznać, że we wszystkich pozostałych sytuacjach art. 240 § 1 k.k. wprowadza normę dominującą nad obowiązkiem zachowania tajemnicy.

Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca rozszerzył ostatnio zakres czynów zabronionych, co do których wprowadził nakaz denuncjacji pod groźbą sankcji karnej. Zgodnie z nowelizacją do art. 240 § 1 k.k., która weszła w życie z dniem 13 lipca 2017 r.⁴⁴, wśród czynów wymienionych w tym przepisie znalazły się dodatkowo: ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 156 k.k.), kwalifikowane formy zgwałcenia (art. 197 § 3 i 4 k.k.), wykorzystanie stanu bezradności (art. 198 k.k.) i pedofilia (art. 200 k.k.). Pomijając analizę,

⁴¹ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 2 i n.; E. Plebanek, M. Rusinek, Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2007, nr 1, s. 73 i n.

⁴² A. Augustynowicz, Tajemnica zawodowa lekarza a współdziałanie z organami ścigania, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 4, s. 83 i n.

⁴³ M. Szewczyk, Prawnokarna ochrona tajemnicy zawodowej lekarza, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2000, nr 1, s. 161 i n.

⁴⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 773.

czy przedmiotowy katalog jest słuszny i spójny, należy jednoznacznie podkreślić, że chodzi w tym wypadku o czyny popełnione na szkodę osoby fizycznej, naruszające jej najbardziej intymną prywatność (np. przestępstwa seksualne), tym samym oczywista staje się hierarchia wartości wyznawana przez ustawodawcę, który ewidentnie stawia wyżej ochronę obiektywnego dobra pokrzywdzonego, w szczególności dziecka, ponad jego prawo do prywatności.

W tym kontekście niezasadne wydaje się twierdzenie T. Dukiet-Nagórskiej, że fakt, iż stan zdrowia poprzedzający zgon pacjenta należy do sfery jego życia prywatnego, uniemożliwia wprowadzanie obowiązku denuncjacji zgonów przestępnych na poziomie niższym niż ustawa⁴⁵. Stawiając tę tezę autorka ta podważa legalność regulacji zawartej w § 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 3 sierpnia 1961 r. w sprawie stwierdzania zgonu i jego przyczyny⁴⁶. Zgodnie z tym przepisem, jeśli istnieje uzasadnione podejrzenie, że przyczyną zgonu było przestępstwo lub samobójstwo, albo nie można ustalić tożsamości zwłok, należy niezwłocznie zawiadomić prokuratora lub policję. Pamiętać należy, że w sytuacji, gdy lekarz nie wykonywał żadnych czynności medycznych wobec zmarłego, w tym choćby czynności ratowniczych, a jedynie stwierdził jego zgon, nie obowiązuje go żadna tajemnica, gdyż brak po prostu jej substratu – tajemnicą medyczną nie jest objęty fakt stwierdzenia zgonu, ale informacje uzyskane za życia pacjenta, a więc dane, których lekarz jedynie stwierdzający zgon po prostu nigdy nie nabył. Nie ma więc w zakresie czego tajemnicy zachowywać. Natomiast w odniesieniu do lekarzy udzielających świadczeń medycznych pacjentowi przed jego śmiercią, podstawą zwolnienia z tajemnicy jest art. 240 § 1 k.k., a wyżej wspomniany § 7 rozporządzenia w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny wprowadza jedynie procedurę składania zawiadomienia w tym zakresie. Co prawda, art. 240 § 1 k.k. mówi o obowiązku denuncjacji jedynie przy zabójstwie (wymienia tylko art. 148 k.k.), a § 7 wymienionego rozporządzenia stwierdza, że lekarz zawiadamia odpowiedni organ w przypadku podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci lub samobójstwa, a więc na pierwszy rzut oka wprowadza obowiązek szerszy. Jest to jednak wrażenie pozorne (pomijając nawet poprawność ograniczenia katalogu przestępstw przeciwko życiu wymienionych w art. 240 § 1 k.k. do art. 148 k.k.). Kwalifikacja karna czynu pozbawienia życia człowieka należy bowiem do prokuratora a nie do lekarza, stąd ten ostatni ma obowiązek traktować każdy zgon, który według jego wiedzy medycznej świadczy o możliwym udziale osób trzecich albo o samobójstwie, jakby to było zabójstwo. Zebranie materiału dowodowego, czy faktycznie zasadna jest kwalifikacja z art. 148 k.k.

⁴⁵ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 2 i n.

⁴⁶ Dz. U. z 1961 r., Nr 39, poz. 202.

czy z innego przepisu, czy też miało miejsce rzeczywiście samobójstwo bez pomocy lub podżegania innych osób, należy już do prokuratora. Lekarz nie ma ani prawa, ani tym bardziej obowiązku takiej analizy dokonywać.

Odnosząc się natomiast do art. 304 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 12 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, to zgodzić się należy z T. Dukiet-Nagórką oraz E. Plebanek i M. Rusinek, że same w sobie przepisy te nie stanowią podstawy uchylenia tajemnicy w związku z art. 14 ust. 2 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta czy art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy o zawodach lekarza. Autorzy ci jednak zapominają o istnieniu jeszcze jednej podstawy zwolnienia z tajemnicy, która w kontekście tych przepisów wprowadzających społeczny obowiązek denuncjacji jest jak najbardziej zasadna – o wynikającym z art. 14 ust. 2 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 3 ustawy o zawodach lekarza zwolnieniu lekarza z tajemnicy w przypadku, gdy jej zachowanie może stanowić niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia pacjenta lub innych osób⁴⁷. W świetle tego przepisu nie ma znaczenia – jak zresztą słusznie wskazuje T. Dukiet-Nagórska – że samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej nie stanowią instytucji państwowych albo samorządowych w rozumieniu art. 304 § 2 k.p.k.⁴⁸, gdyż w tych sytuacjach obowiązek denuncjacji przez lekarza nie wynika z faktu jego zatrudnienia w danym podmiocie leczniczym, ale z samego faktu nabycia wiedzy o takim zdarzeniu w ramach swojej działalności zawodowej, a więc znajduje oparcie w art. 304 § 1 k.p.k. lub art. 12 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁴⁹.

Postępowania karne, w których przesłuchiwany jest lekarz, to w zasadzie wyłącznie postępowania dotyczące przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu. Pomijając tzw. „błędy w sztuce medycznej”, o większości tych zdarzeń lekarz dowiaduje się właśnie w związku z udzielaniem świadczeń medycznych pokrzywdzonemu (nabycie takiej wiedzy podczas udzielania świadczeń medycznych sprawcy oczywiście nie nakłada na lekarza żadnego obowiązku denuncjacji, a wręcz nakazuje mu zachować te kwestie w tajemnicy, w związku z opisanymi powyżej art. 199 k.p.k. i art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Najczęściej informacji tych lekarz nabywa od razu po zdarzeniu, kiedy właśnie ze względu na dokonany na pacjencie czyn zabroniony jego życie lub zdrowie znajduje się w stanie niebezpieczeństwa. Każdy lekarz udzielający pomocy medycznej ofierze jakiegokolwiek przestępstwa ma prawo, a wręcz obowiązek (wynikający właśnie z art.

⁴⁷ A. Kiełtyka, Komentarz do art. 12 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, wersja elektroniczna, Lex 2015; S. Spurek, Komentarz do art. 12 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, wersja elektroniczna, Lex, 2012.

⁴⁸ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 4 i n.

⁴⁹ Por. A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, Zawiadomienie przez lekarza o popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności a obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, *Prawo i Medycyna* 2013, nr 3–4, s. 107 i n.

304 § 1 k.p.k. oraz art. 12 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie) zawiadomić o tym fakcie odpowiednie organy. Nie ma bowiem pełnej wiedzy, jak do zdarzenia doszło i czy pacjentowi nadal nie grozi niebezpieczeństwo ze strony sprawcy. Wręcz przeciwnie, powinien zakładać, że takie niebezpieczeństwo mu grozi, w szczególności w przypadku czynów popełnionych przez osoby najbliższe, gdyż kontynuacja kontaktu pokrzywdzonego pacjenta z tymi osobami, w szczególności wydanie skrzywdzonego dziecka krzywdzącej go rodzinie, w sposób oczywisty rodzi uzasadnioną obawę, że przemoc będzie kontynuowana. Przepis art. 14 ust. 2 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 3 ustawy o zawodach lekarza nie wymaga od lekarza pewności, że pacjentowi grozi niebezpieczeństwo, wprowadza tam tryb przypuszczający – „może grozić”, a takie potencjalne niebezpieczeństwo grozi każdej ofierze czynu zabronionego. Co więcej, przepisy te nie wymagają wcale, by niebezpieczeństwo dotyczyło samego pokrzywdzonego pacjenta, wystarczy, że może ono grozić innym osobom. Niezgłoszenie faktu dokonania czynu zabronionego w sposób oczywisty powoduje, że jego sprawca nie zostanie ujęty, a tym samym stanowi potencjalny stan niebezpieczeństwa dla innych osób – jego przyszłych ofiar.

Tym samym oczywisty staje się wniosek, że lekarz ma obowiązek zawiadomić o każdym przypadku popełnienia na osobie jego pacjenta przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu oraz przemocy w rodzinie i zawsze wtedy, gdy czyni to z motywacją uniknięcia przyszłego niebezpieczeństwa dla pacjenta lub osób trzecich jest po prostu zwolniony z tajemnicy ustawowo i nie potrzebuje w tym celu żadnego postanowienia sądu ani nawet zgody samego pacjenta. Co więcej, lekarz, który takiego zgłoszenia nie dokona i nie złoży zeznań zawierających wszystkie posiadane przez niego informacje dotyczące zdarzenia, którego ofiarą padł pacjent, a także na temat odniesionych przez niego obrażeń i udzielonych mu świadczeń medycznych, przez co dopuści, że pacjent ponownie zostanie skrzywdzony przez swojego oprawcę, naraża się na odpowiedzialność karną za poniesione przez pacjenta obrażenia przez zaniechanie, gdyż zgodnie z art. 2 k.k. przez udzielenie pacjentowi pomocy medycznej w ramach swojego stosunku pracy, umowy lub funkcji, staje się gwarantem życia i zdrowia pacjenta⁵⁰. Podstawa z art. 14 ust. 2 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 pkt 3 ustawy o zawodach lekarza odpada jedynie, jeśli pacjent natychmiast po udzieleniu pomocy, a przed możliwym dla lekarza powiadomieniem odpowiednich organów, umrze. Wtedy jednak wracamy do poprzednio omówionej podstawy z art. 240 § 1 k.k. w zw. z § 7 rozporządzenia w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyn, a tym samym lekarz ma obowiązek o takim przestępnym zgonie zawiadomić, bez analizowania właściwej kwalifikacji prawnej czynu. Jedynym przypadkiem, kiedy lekarz

⁵⁰ W. Patryas, Kilka uwag o nowym kodeksie karnym, RPEiS 1997, nr 3 s. 35 i n.

zasadnie powinien powołać się na obowiązek zachowania tajemnicy i zażądać sądowego zwolnienia z niej (oczywiście jeśli pacjent lub osoba bliska, w przypadku jego śmierci, z tej tajemnicy go nie zwolniła), jest sytuacja, gdy pacjent padł ofiarą przestępstwa i lekarz o tym nie zawiadomił w momencie udzielania mu pomocy medycznej lub bezpośrednio po tym, a więc w momencie istnienia stanu niebezpieczeństwa, postępowanie karne toczy się więc w późniejszym okresie, bez względu na to z czyjego zawiadomienia.

Częściowo odmienna sytuacja dotyczy tzw. „błędów medycznych”, czyli stanu niebezpieczeństwa, w którym pacjent znalazł się w podmiocie leczniczym z powodu działań lub zaniechań personelu medycznego. Oczywiście, lekarz, który dostrzeże, iż działanie jego kolegów po fachu lub innego personelu medycznego jest nieprawidłowe i stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjenta, ma prawo i obowiązek zawiadomić odpowiednie organy na podstawie wyżej omówionych przepisów i nie wiąże go w związku z tym żadna tajemnica. Natomiast lekarze (i pozostały personel medyczny), którzy prowadzą przedmiotowe leczenie i uznają, że jest ono prawidłowe, nie mają obowiązku zawiadamiać żadnych organów, nawet w przypadku zgonu pacjenta – przede wszystkim dlatego, że w ich uprawnionym uznaniu nie popełniono wobec niego żadnego czynu zabronionego, ale także z tego powodu, że polskie przepisy nie wprowadzają obowiązku autodenuncjacji. Zastanówmy się więc, czy lekarze przesłuchiwani w charakterze świadków w postępowaniach o tzw. „błędy medyczne” kwestionujących ich decyzje medyczne muszą zachować tajemnicę lekarską bez zwolnienia z niej przez pacjenta lub sąd.

5. Tajemnica lekarska a przesłuchanie świadka w trybie art. 183 § 1 k.p.k.

Przepisy dotyczące zwalniania z tajemnicy odnoszą się wyłącznie do świadków. Wynika stąd, że nie obejmują one oskarżonego (podejrzanego), a tym samym przyjąć należy, że oskarżony zawsze może składać wyjaśnienia, nawet kosztem naruszenia tajemnicy lekarskiej.

Wydaje się to oczywiste, jednak pamiętać należy, co słusznie wykazały A. Jaskuła i K. Płończyk⁵¹, że ochrona tajemnicy jest obowiązkiem jej depozytariusza niezależnym od jego woli – świadek nawet jeśli chce, nie może składać zeznań w zakresie objętym tajemnicą, o ile nie zostanie wiążąco z niej zwolniony. Czy więc oskarżony (podejrzany) depozytariusz tajemnicy ma prawo do jej ujawnienia bez zgody, albo nawet wbrew woli beneficjenta tajemnicy? Zachodzi tu ewidentna kolizja między prawem do obrony osoby

⁵¹ S. 100 i n.

zobowiązanej do zachowania tajemnicy, a prawem do jej poszanowania przynależnym osobie, której tajemnica ta dotyczy.

Ewidentny w tej kwestii jest jednak wniosek, że lekarz ma prawo do ujawnienia tajemnicy lekarskiej ze względu na interes własny, czyli broniąc się przed zarzutami karnymi⁵². Ujawnienie tajemnicy służy w tym wypadku bowiem realizacji prawa do obrony, które jest prawem konstytucyjnym każdego oskarżonego. Takie uprawnienie oskarżonego (podejrzanego) – naruszenia tajemnicy pacjenta dla własnej obrony przed skazaniem – przysługuje mu także w odniesieniu do tajemnicy państwowej⁵³, chronionej art. 265 k.k., w odniesieniu do której ściganie następuje z urzędu, w przeciwieństwie do tajemnicy zawodowej, w tym medycznej, gdzie – jak wcześniej zostało to wspomniane – ściganie wymaga wniosku pokrzywdzonego. Jeśli prawo do obrony przeważa nad obowiązkiem zachowania tajemnicy państwowej, to tym bardziej przeważa nad prawem pacjenta do poszanowania jego prywatności, a tym samym do zachowania w tajemnicy informacji o pacjencie⁵⁴. Jednakże oskarżony (podejrzany) może złożyć wyjaśnienia zawierające treści objęte tajemnicą tylko w zakresie, w jakim służy to jego prawu do obrony, a więc wyłącznie w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla wyjaśnienia jego sprawy⁵⁵. Powinien ponadto zadbać, by informacje te nie wyszły poza postępowanie karne, a więc powinien uprzedzić sąd (prokuratora), że będzie wyjaśniał w zakresie objętym tajemnicą (w tym wypadku lekarską), co powinno skutkować wyłączeniem przez sąd jawności rozprawy⁵⁶.

Nie ulega więc wątpliwości, że lekarz oskarżony (podejrzany) może ujawniać informacje objęte tajemnicą lekarską bez obawy o pociągnięcie do odpowiedzialności z art. 266 § 1 k.k.⁵⁷, nawet jeśli czyni to bez zgody pacjenta. Warto się zastanowić, czy lekarz przesłuchiwany w sprawie o „błąd medyczny”, co prawda w charakterze świadka, ale w trybie art. 183 k.p.k., a więc będący osobą podejrzaną o nieprawidłowości w prowadzonym przez niego

⁵² M. Boratyńska, P. Konieczniak, Prawa pacjenta, *op. cit.*, s. 357; L. Ogiełto (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, C.H. Beck 2010, s. 346.

⁵³ M. Leciak, Tajemnica państwowa w wyjaśnieniach oskarżonego w procesie karnym, *Prokuratura i Prawo* 2005, nr 11, s. 56 i n.

⁵⁴ A. Górski, Lekarz w procesie karnym (wybrane zagadnienia), (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, tom II, WKP 2012, wersja elektroniczna, Lex nr 156000; M. Rusinek, Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym, Oficyna 2007, rozdział 5.2 Tajemnica zawodowa a wyjaśnienia oskarżonego, wersja elektroniczna, Lex nr 60144..

⁵⁵ M. Klejnowska, Ujawnienie w wyjaśnieniach oskarżonego tajemnicy chronionej prawem, *Ius et Adm.* 2004, nr 4, s. 111 i n.

⁵⁶ M. Kucharczyk, Kwestia ujawniania tajemnicy państwowej, służbowej, zawodowej i funkcyjnej w wyjaśnieniach oskarżonego, *Państwo i Prawo* 2005, nr 2, s. 89; E. Zielińska (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, *op. cit.*, s. 568–569; M. Leciak, *op. cit.*, s. 56 i n.

⁵⁷ M. Kucharczyk, Kwestia ujawniania tajemnicy państwowej, *op. cit.*, s. 78 i n.

procesie leczenia pacjenta, może w obronie przed ewentualnymi przyszłymi zarzutami złożyć zeznania jako świadek bez zwolnienia z tajemnicy przez sąd lub pokrzywdzonego. Zagadnienie to jest natury raczej wyłącznie teoretycznej, bo w podobnych postępowaniach pokrzywdzony zawsze będzie miał interes w zwolnieniu lekarza z tajemnicy, ale przecież możemy sobie wyobrazić sytuację, gdy nie ma pokrzywdzonego (zmarł i nie pozostawił osób bliskich), albo gdy jest niezdolny z przyczyn zdrowotnych do zajęcia stanowiska w tym przedmiocie, nie ma przedstawiciela ustawowego ani kuratora procesowego, brak też osoby, która mogłaby go reprezentować w ramach art. 51 § 3 k.p.k.

Wydaje się, że należy przychylić się do stanowiska, iż lekarz będący osobą podejrzaną również może składać zeznania w swojej treści zawierające kwestie objęte tajemnicą lekarską, bez konieczności uzyskiwania zwolnienia z tajemnicy od pokrzywdzonego czy sądu, jeśli to służy obronie go przed przyszłymi zarzutami, na przedstawienie których mógłby się potencjalnie narazić, gdyby odmówił zeznań w tym zakresie. Nie można bowiem w tym wypadku ściśle interpretować przepisów postępowania karnego, że prawo do obrony służy tylko oskarżonemu (podejrzanemu), a więc że pojawia się dopiero po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Przedstawienie zarzutów jest czynnością często emocjonalnie obciążającą dla podejrzanego, w szczególności takiego, który nigdy nie miał kontaktu z wymiarem sprawiedliwości; może skutkować zastosowaniem środków zapobiegawczych, w tym zawieszeniem w wykonywaniu zawodu na czas postępowania, a także wdrożeniem postępowań pracowniczego lub dyscyplinarnego. Czynność ta ma więc tak doniosłe skutki w życiu prywatnym i zawodowym, że każdy ma prawo dążyć do tego, by nie została ona z nim wykonana, a więc bronić się przed zarzutami już na etapie przesłuchiwania w charakterze świadka po pouczeniu o treści art. 183 § 1 k.p.k. nie tylko przez zachowanie milczenia, ale także przez złożenie zeznań, nawet stanowiących tajemnicę zawodową i to bez jej uchylenia, oczywiście uprzedzwszy o tym fakcie przesłuchującego, żeby ten mógł zachować wszelkie proceduralne zasady postępowania z takim protokołem⁵⁸. Stąd zasadne jest wymaganie metodyczne przy tego typu postępowaniach, by lekarza w trybie art. 183 § 1 k.p.k. przesłuchiwał prokurator, a nie policja.

Konkludując, stwierdzić należy, że możliwych jest tyle okoliczności, w których lekarza z mocy prawa nie wiąże tajemnica, o których to organ go przesłuchujący może nie mieć wiedzy przed rozpoczęciem przesłuchania, iż zgodzić się należy z tezą Sądu Najwyższego wyrażoną w postanowieniu z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. SNO 58/12, że korzystać z instytucji art. 180 § 2 k.p.k.

⁵⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 2012 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, Dz. U. z 2012 r., poz. 219.

należy dopiero, gdy lekarz odmówi składania zeznań powołując się na istnienie tej tajemnicy, w przeciwnym razie należy go przesłuchać bez korzystania z tej procedury. Przychylam się do tej tezy Sądu Najwyższego wbrew opinii A. Jaskuły i K. Płończyk⁵⁹ nie dlatego, że uważam, iż lekarz ma prawo wybierać, czy chroni tajemnicę czy nie, gdyż – jak już wcześniej wskazałam – zgadzam się z ich stanowiskiem, że ochrona tajemnicy jest obowiązkiem jej depozytariusza niezależnym od jego woli⁶⁰, ale dlatego, iż lekarz ma prawo, a nawet obowiązek ocenić każdą sytuację, gdy jest wezwany do zeznawania w charakterze świadka, pod kątem istnienia bądź nie przesłanek wymienionych we wszystkich punktach art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza i jeśli którakolwiek z nich zaistnieje, po prostu jest z mocy prawa zwolniony z tajemnicy i ma obowiązek złożyć zeznania. W większości przypadków organ przesłuchujący takiej oceny przedmiotowych przesłanek nie jest w stanie *a priori* dokonać i stąd powinien o ich istnienie zapytać lekarza, by wnioskować o zwolnienie z tajemnicy przez sąd jedynie w przypadkach, gdy owa tajemnica lekarza faktycznie wiąże.

Wnioski końcowe

Podsumowując, zgodzić się należy z tezą A. Jaskuły i K. Płończyk, że zgoda pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego, a po jego śmierci osoby bliskiej, uprawnia lekarza do złożenia zeznań w postępowaniu karnym na każdym etapie i wyłącza konieczność uzyskania zwolnienia z tajemnicy przez sąd. Brak jakichkolwiek podstaw prawnych, by w tym przypadku stosować dodatkowo art. 180 § 2 k.p.k.

Podobna sytuacja ma miejsce przy wypełnieniu którejkolwiek z innych przesłanek wymienionych w art. 14 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza. W szczególności lekarza nie obowiązują tajemnica przy zawiadomieniu o przestępstwie wymienionym w art. 240 § 1 k.k. i złożeniu zeznań go dotyczących, a także przy zawiadomieniu o każdym innym przestępstwie, jeśli ma to na celu zapobieżenie potencjalnego niebezpieczeństwa dla zdrowia lub życia pacjenta lub osób trzecich.

Pamiętać także należy, że obowiązek zachowania tajemnicy nie dotyczy podejrzanego, co należy interpretować szeroko, uznając, iż zeznania zawierające treści objęte tajemnicą może złożyć osoba podejrzewana przesłuchiwana w trybie art. 183 § 1 k.p.k., o ile czyni to w celu obrony przed ewentualnie grożącymi jej zarzutami.

Zwolnienia z tajemnicy nie wymaga też żądanie przez prokuratora dokumentacji medycznej, co w przypadku postępowań o tzw. „błędy w sztuce le-

⁵⁹ S. 100 i n.

⁶⁰ *Ibidem*.

karskiej” w ogóle poddaje w wątpliwość zasadność przesłuchiwania lekarzy w charakterze świadków poza ewentualnym ich przesłuchiowaniem właśnie w trybie art. 183 k.p.k., co oczywiście stanowi daleko posuniętą niespójność systemową, jednakże od wielu lat istniejącą w kodeksie postępowania karnego i nierodzącą praktycznie żadnych wątpliwości doktrynalnych i orzecznich.

Odrębną kwestią jest odpowiednie postępowanie z materiałem dowodowym uzyskanym od lekarzy. Pamiętać bowiem należy, że są oni – w przytoczonych wyżej sytuacjach – zwolnieni z tajemnicy jedynie wobec organów prowadzących postępowanie karne, a nie wobec wszystkich osób. Tak więc to po stronie tych organów leży obowiązek odpowiedniego zabezpieczenia dokumentów i protokołów przesłuchań zawierających treści objęte tajemnicą przed ich zapoznaniem się przez osoby postronne, a także zapewnienie niejawności rozprawy, gdy treści takie są ujawniane.

Release from the doctor–patient confidentiality obligation: remarks on the paper of A. Jaskuła and K. Płończyk

Abstract

This is a commentary to the paper of A. Jaskuła and K. Płończyk, Release from the doctor–patient confidentiality obligation in preparatory proceedings, Prokuratura i Prawo 3 (2017). The commentator accepts most views presented by A. Jaskuła and K. Płończyk, including specifically the view that a permission given by a patient, or a patient’s statutory representative, or, in the case of a patient’s death, a patient’s close friend or relative (and no another close friend or relative objects thereto) is a sufficient precondition to interview a doctor in preparatory proceedings without recourse to the Code of Criminal Procedure, Article 180, § 2. In support of the view, the commentator presents a range of other arguments, comparing first the doctor–patient confidentiality and bank secrecy, and then the methods for releasing from both those duties. Moreover, the commentator examines the inclusion of medical documentation in criminal proceedings, and other cases where doctors were released by operation of law from the duty of confidentiality or even obligated to report a crime and give testimony, providing information about a patient which they had obtained during his or her treatment. The number of situations where doctors are released from the doctor–patient confidentiality obligation in front of authorities conducting criminal proceedings leads to the conclusion, which is opposite to that drawn by A. Jaskuła and K. Płończyk, that Article 180, § 2 of

the Code of Criminal Procedure should only be applied when a doctor resorts to the doctor–patient confidentiality obligation.

Piotr Góralski

Środek zabezpieczający w formie elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy czynu karalnego (cz. 1)

Streszczenie

Pierwszą część artykułu poświęcono analizie przepisów prawa karnego materialnego, zawierających regulację środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy czynu zabronionego (EKMP). W rozważaniach wskazano na rozbieżności w definiowaniu tego środka oraz w określaniu form jego realizacji, występujące w kodeksie karnym oraz w kodeksie karnym wykonawczym. Przedstawiono również kategorie przestępców, wobec których EKMP może znaleźć zastosowanie oraz możliwości jej kumulowania z innymi rodzajami sankcji przewidzianymi w kodeksie karnym. Dokonano też oceny faktycznej dolegliwości tego środka oraz podkreślono znaczenie opinii biegłych dla zasadności jego orzeczenia przez sąd. Rozważania dogmatyczne poprzedza ekspozycja form EKMP, w jakich współcześnie instytucja ta jest stosowana w europejskich ustawodawstwach karnych.

I. Uwagi wstępne – ewolucja form dozoru elektronicznego i współczesne jego zastosowania

Środek zabezpieczający (w dawnej nomenklaturze określany też mianem środka ochronnego) przyjmujący postać elektronicznej kontroli miejsca pobytu osoby, która dopuściła się czynu karalnego, nie został przewidziany w akcie prawnym zawierającym pierwotną regulację monitorowania miejsca pobytu i zachowań sprawców przestępstw z wykorzystaniem urządzeń technicznych, tj. w ustawie z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego¹ (określana dalej jako u.d.e.). Jako samoistny środek zabezpieczający instytucja ta została wprowadzona do polskiego ustawodawstwa w drodze obszernej nowelizacji kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.² Nie znaczy to, że w unormowa-

¹ Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, Dz. U. z 2007 r., Nr 191, poz. 1366.

² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

niach polskiego prawa dozór przestępców nie był wcześniej realizowany w ramach środków zabezpieczających. Już w okresie przedwojennym unormowania pozakodeksowe zawierały instytucję ochronnego dozoru Policji stosowanego względem sprawców przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa po odbyciu przez nich kary więzienia³, a w latach 1970–1990 funkcjonował, przewidziany w art. 62–63 k.k. z 1969 r.⁴, realizowany przez kuratora nadzór ochronny nad recydywistami opuszczającymi zakłady karne. Dozór kuratora stanowił również element środka zabezpieczającego przewidzianego w art. 97 § 1 k.k. z 1997 r.⁵ Ten rodzaj środka ochronnego mógł zostać wdrożony wobec przestępców uzależnionych od alkoholu, którzy zostali warunkowo zwolnieni z zakładu leczenia odwykowego i kontynuowali terapię w środowisku wolnościowym. Z kolei w 2005 r. pojawił się w art. 41a § 1 k.k. środek zabezpieczający polegający na konieczności zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu, sprawcy uznanego za niebezpiecznego, w celu kontroli przestrzegania przezeń obowiązku powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach lub zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób, jak również zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu⁶. Ten swoisty dozór Policji (lub innego wyznaczonego organu) jako forma środka zabezpieczającego mógł być orzekany na podstawie art. 99 § 1 k.k., jeżeli sąd uznał, że było to konieczne ze względu na ochronę porządku prawnego. W nieco zmodyfikowanym kształcie środek ten funkcjonuje także obecnie⁷.

Dozór elektroniczny przyjmujący postać środka zabezpieczającego realizowanego wobec niebezpiecznych sprawców czynów karalnych został po raz pierwszy zamieszczony w treści uregulowań kodeksu karnego w wyniku nowelizacji tego aktu prawnego w 2011 r.⁸ Nowela ta w art. 41b § 3 k.k. wprowadziła możliwość kontroli realizacji środka karnego i – jak można sądzić –

³ Por. treść art. 5 § 1–2 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu Państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 851) oraz art. 14 dekretu Prezydenta RP z dnia 22 listopada 1938 r. o ochronie niektórych interesów Państwa (Dz. U. Nr 91, poz. 623). Szerzej na ten temat zob. P. Góralski, *Środki zabezpieczające w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015, s. 135–137.

⁴ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553.

⁶ Przepis ten został ustanowiony poprzez ustawę z dnia 27 lipca 2005 r., o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. z 2005 r., Nr 163, poz. 1363.

⁷ Oprócz wskazanych zakazów, dozór Policji lub innego wyznaczonego organu może też obecnie stanowić formę kontroli nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Z treści art. 99 § 1 k.k. wykreślono natomiast obowiązek uwzględniania przez sąd wymogów ochrony porządku prawnego w celu orzeczenia tego środka zabezpieczającego.

⁸ Ustawa z dnia 31 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011 r., Nr 217, poz. 1280.

również środka zabezpieczającego, polegającego na zakazie wstępu na imprezę masową w formie dozoru elektronicznego. Orzeczenie tej postaci dozoru elektronicznego tytułem środka zabezpieczającego było i nadal jest (przynajmniej teoretycznie) możliwe w oparciu o treść art. 99 § 1 k.k. Podobnie jak w przypadku obowiązku lub zakazów kontrolowanych w formie dozoru Policji, również wdrożenie dozoru elektronicznego jako środka ochronnego, do momentu wejścia w życie zmian wprowadzonych nowelizacją kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r., wymagało wcześniejszego stwierdzenia przez sąd potrzeby ochrony porządku prawnego.

Wspomniane tu, występujące wcześniej sposoby ochronnego kontrolowania w warunkach wolnościowych osób, które stwarzały zwiększone zagrożenie dla porządku prawnego aż do 2011 r. nie przyjmowały formy nadzoru elektronicznego, jednakże ich istnienie wskazuje, że idea monitorowania sposobu zachowania się takich jednostek oraz miejsca ich pobytu, nie stanowi w polskim prawie nowości – przekształceniu uległa obecnie tylko forma tych działań nadzorczych.⁹ Do tej pory ów dozór przyjmował formę spersonalizowaną w postaci kontrolowania przez Policję lub kuratora sądowego zachowania się przestępców wykazujących negatywną prognozę kryminologiczną, z reguły po odbyciu przez nich kary. W przypadku elektronicznej kontroli miejsca pobytu (określanej dalej jako EKMP), w jej obecnym ujęciu kodeksowym, dozór personalny zostaje uzupełniony, a niekiedy prawie całkowicie zastąpiony środkami technicznymi¹⁰. Na rękę lub nogę

⁹ Projekty rodzimych aktów normatywnych zawierających środki zabezpieczające w postaci EKMP zaczęły powstawać w połowie pierwszej dekady XXI w. Dwa tego typu tego typu założenia normatywne zostały przygotowane i opublikowane pod patronatem fundacji *Ius et Lex*. Pierwszy z nich – zakładający stworzenie ustawy o dozorze elektronicznym – zawierał m.in. przepis art. 7 ust. 1–3, który przewidywał wdrożenie EKMP wobec wszystkich tych sprawców czynów karalnych, wobec których można było zastosować zamieszczony w rozdziale X k.k. środki zabezpieczające. Niezależnie od tego wspomniany przepis ustanawiał możliwość stosowania stałej kontroli miejsca pobytu za pomocą dozoru elektronicznego także wobec przestępców wskazanych w art. 64–65 k.k., a więc wobec recydywistów penitencjarnych, przestępców zawodowych, zorganizowanych i terrorystów (zob. Projekt fundacji *Ius et Lex* autorstwa Piotra Podczaskiego, (w:) P. Moczydłowski, *Przestępca na uwiecz. Elektroniczny monitoring sprawców przestępstw*. Zeszyty naukowe fundacji *Ius et Lex* 2006, nr 2, s. 190). Drugi ze wspomnianych tu projektów, powstały w 2006 r. przybrał postać założenia nowelizacji przepisów kodeksu karnego oraz niektórych innych ustaw. W przeciwieństwie do poprzednika nie zawierał on zmian w treści rozdziału X k.k., poświęconego regulacji środków zabezpieczających. Jednakże w art. 41c § 2–3 tego projektu zamieszczono formę EKMP stanowiącą faktycznie rodzaj środka ochronnego. Zapisy te umożliwiały bowiem zastosowanie dozoru elektronicznego wobec przestępców wymienionych w art. 64–65 k.k., przy czym w szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd mógłby orzec ten rodzaj środka na zawsze (zob. szerzej – Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz o zmianie niektórych innych ustaw z 2006 r. fundacji *Ius et Lex*, (w:) P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 194).

¹⁰ Pamiętać należy, że oprócz dozoru elektronicznego polskie prawo przewiduje współcześnie także instytucje dozoru personalnego nad niebezpiecznymi przestępcami, nie zaliczone co prawda formalnie do środków zabezpieczających, spełniające jednak faktycznie ich funkcje. Mowa tu

sprawcy czynu karalnego zostaje założony nadajnik, który przesyła impulsy radiowe do rejestratora znajdującego w się w lokalu, w którym przebywa osoba objęta dozorem (dozór stacjonarny) lub do rejestratora posiadanego przez osobę chronioną, bądź też umieszczonego w miejscu jej zamieszkania (dozór zbliżeniowy). Z kolei nadajnik umożliwiający określenie przybliżonej lokalizacji w systemie GPS jest zakładany wyłącznie na nogę (nad kostką) osoby podlegającej dozorowi elektronicznemu (dozór mobilny)¹¹.

Elektroniczna kontrola miejsca pobytu (ang. *electronic monitoring, tagging*, niem. *elektronische Aufsicht, elektronische Überwachung*) jako sankcja typu penalnego zaczęła być stosowana w polskim prawie karnym stosunkowo późno w porównaniu do uregulowań innych państw zachodnich. W USA różnorodne formy dozoru elektronicznego były wdrażane od połowy lat osiemdziesiątych XX w.¹² W Europie, w części państw wprowadzanie dozoru elektronicznego na większą skalę rozpoczęto w drugiej połowie lat dwudziestych ubiegłego wieku¹³. Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że jakkolwiek dozór elektroniczny przyjmuje w poszczególnych ustawodawstwach zróżnicowane formy oddziaływania na osoby podejrzewane o popełnienie przestępstw oraz skazane za tego typu czyny, to jego realizacja w ramach środków zabezpieczających ma miejsce od niedawna i występuje stosunkowo rzadko¹⁴. Dozór elektroniczny od początku swego powstania

o sprawowanym przez Policję nadzorze prewencyjnym uregulowanym w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie dla życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r., poz. 24).

¹¹ Zob. § 1 ust. 5–8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 maja 2015 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków technicznych i wymagań funkcjonalnych, jakie powinny spełniać środki techniczne służące do wykonywania dozoru elektronicznego oraz sposobu funkcjonowania systemu komunikacyjno-monitorującego, Dz. U. z 2015 r., poz. 797.

¹² J. Jasiński, *Areszt domowy (propozycja do rozważenia)*, (w:) S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego*. Księga ku czci prof. M. Cieślaka, Kraków 1993, s. 197–202; P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 24–25; B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie sankcji karnych w wybranych krajach europejskich*, *Państwo i Prawo* 2012, nr 5, s. 31–32; A. Ornowska, *Wybrane aspekty z praktyki stosowania dozoru elektronicznego w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii*, *Probacja* 2010, nr 3–4, s. 64–65; K. M. Kamper, *Dozór elektroniczny jako alternatywa dla kary pozbawienia wolności – rewolucyjny wzrost znaczenia dozoru elektronicznego w polskim prawie karnym*, (w:) A. Wedel-Domaradzka i A. Purat (red.), *Wybrane problemy kary i karalności*, Bydgoszcz 2016, s. 195–196.

¹³ J. Jasiński, *op. cit.*, s. 202–204; P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 27 oraz s. 47–49; B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie...*, s. 37–39; T. Ochelski, *System elektronicznego monitoringu w Szwecji i w Wielkiej Brytanii*, *Przegląd Więziennictwa Polskiego* 2014, nr 85, s. 95, s. 98 oraz s. 102; B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w Polsce – uwagi w świetle rekomendacji Rady Europy*, *Przegląd Więziennictwa Polskiego* 2015, nr 86, s. 7.

¹⁴ Szczególnym przypadkiem jest tu ustawodawstwo niemieckie. W Niemczech ostrożnie podchodzi się do możliwości szerszego zastosowania dozoru elektronicznego. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy jest obawa, że łączenie EKMP z poszczególnymi rodzajami sank-

znajduje zastosowanie najczęściej jako instytucja procesowego środka zapobiegawczego, wdrażanego w formie aresztu domowego względem osób, wobec których nie jest konieczne umieszczenie w areszcie śledczym (*front door electronic monitoring*)¹⁵. Przepelnienie zakładów karnych, stanowiące współcześnie problem w części krajów zachodnich¹⁶, stanowiło jedną z głównych przyczyn wprowadzenia dozoru elektronicznego jako formy odbywania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w miejscu zamieszkania przestępcy¹⁷. Idea zmniejszenia ilości osób

cji może w efekcie doprowadzić do zatarcia się granic między nimi. W Niemczech do 1975 r. dozór nad niebezpiecznymi przestępcami, którzy opuścili więzienia sprawowała Policja. Od 1975 r. dozór Policji został zastąpiony wolnościowym środkiem zabezpieczającym o nazwie *Führungsaufsicht* (dosł. nadzór kierowniczy). Łączy się on z oddziaływaniem resocjalizacyjnym oraz terapeutycznym i trwa w zasadzie od 2 do 5 lat, ale od 2007 r. w niektórych przypadkach może być orzekany także bezterminowo. Od 2011 r. z nadzorem kierowniczym może być połączona EKMP. Tak więc w niemieckim prawie karnym EKMP nie stanowi samodzielnego środka zabezpieczającego, lecz jest tylko elementem składowym nadzoru kierowniczego, a wydanie decyzji o jej zastosowaniu jest uzależnione od woli sądu. Przepis stanowiący podstawę wdrożenia tego rodzaju sankcji, tj. § 68b ust. 1 pkt 12 niemieckiego kodeksu karnego, stanowi że: „Sąd może podczas trwania nadzoru kierowniczego lub na czas krótszy nałożyć na osobę skazanego (...) nakaz noszenia przy sobie środków technicznych umożliwiających kontrolę miejsca pobytu w stanie technicznym umożliwiającym tę kontrolę oraz nakaz nienaruszania ich funkcjonowania”. Nadzór kierowniczy jest realizowany przez określoną osobę lub organ. Pewne czynności w jego ramach nadal wykonuje też Policja. O ile od 2011 r. nadzór elektroniczny jako element nadzoru kierowniczego może być stosowany na terenie całych Niemiec, o tyle jego realizacja w postaci odbywania kary pozbawienia wolności lub jej modyfikacji (areszt domowy w formie dozoru stacjonarnego – *elektronisch überwachter Hausarrest*) został wprowadzony tylko przez dwa kraje związkowe: w 2000 r. uczyniła to Hesja, a w 2010 r. Badenia-Wirtembergia. Ten ostatni land ustanowił tę regulację w formie ustawy epizodycznej, która wygasła w 2012 r. i nie przedłużono jej obowiązywania. Szerzej na temat omawianych tu kwestii zob. E. Tuora-Schwierskott, Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski, Regensburg 2016, 80–82; G. Hochmayr, Dozór elektroniczny w systemie sankcji, (w:) M. Małolepszy (red.), Reforma sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce, Warszawa 2015, s. 43 oraz s. 56; G. Hochmayr, Elektronisch überwachter Hausarrest. Zur Regelung in Deutschland und Österreich, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2012, nr 11, s. 537; J. Kinzig, Die Maßregel der Führungsaufsicht: vom Stiefkind zur Avantgarde? Neue Kriminalpolitik 2015, nr 3, s. 232–234, s. 239–242; A. Dessecker, Die Führungsaufsicht: Entwicklung, Funktionen und empirische Daten, Neue Kriminalpolitik 2015, nr 3, s. 251–253 oraz s. 256–258.

¹⁵ J. Jasiński, *op. cit.*, s. 200; P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 65; T. Ochelski, *op. cit.*, s. 95; A. Ornowska, *op. cit.*, s. 67.

¹⁶ Pod koniec pierwszej dekady obecnego wieku problemy z przeludnieniem więzień miała niemal połowa krajów Unii Europejskiej. Zob. B. Gruszczyńska, Populacje więzienne w krajach Unii Europejskiej, (w:) A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niełaczna, P. Wiktorska (red.), Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa prof. T. Szymanowskiego, Warszawa 2013, s. 472.

¹⁷ B. Stańdo-Kawecka, Dozór elektroniczny w systemie..., s. 31 oraz s. 34; P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 36–37 oraz s. 65; A. Bałandynowicz, Probacja. System sprawiedliwego karania, Warszawa 2002, s. 193–226; A. Bałandynowicz, Probacyjna sprawiedliwość karząca, Warszawa 2015, s. 418–443; J. Jasiński, *op. cit.*, s. 200.

przebywających w więzieniach leżała też u podstaw trzeciej z najczęściej spotykanych form stosowania dozoru elektronicznego, tj. jego realizacji w stosunku do przestępców warunkowo, przedterminowo zwalnianych z pobytu w zakładzie karnym (*back door electronic monitoring*)¹⁸. Wszystkie wymienione tu formy realizacji EKMP zazwyczaj przyjmują postać dozoru stacjonarnego i znaczące jest, że znajdują zastosowanie w zasadzie wobec tych przestępców, którzy nie dopuścili się poważniejszych czynów karalnych, a jednocześnie charakteryzują się pozytywną prognozą zachowania w przyszłości¹⁹. Zdarzało się, że w niektórych państwach, w których stacjonarny dozór elektroniczny próbowano wdrożyć wobec osób wykazujących skłonność do popełniania poważniejszych przestępstw – zwłaszcza z użyciem przemocy lub czynów wywołanych zaburzeniami seksualnymi – programy te kończyły się niepowodzeniem²⁰. Jest to z pewnością jedna z istotnych przyczyn, z powodu których w znacznej części ustawodawstw EKPM jako środek zabezpieczający nie jest realizowana w formie dozoru stacjonarnego. Trzeba też mieć na uwadze, że ze względu na swoją faktyczną uciążliwość „areszt domowy” dozorowany elektronicznie z reguły trwa kilka, co najwyżej kilkanaście miesięcy, podczas gdy realizacja środka zabezpieczającego, którego czas wykonywania nie jest ogólnie określony, może się odbywać w zdecydowanie dłuższym okresie, tj. od kilku do kilkunastu lat, a w wyjątkowych przypadkach, teoretycznie może trwać nawet do końca życia przestępcy stwarzającego znaczne zagrożenie dla społeczeństwa.

Obecnie dozór elektroniczny stanowi komponent systemu kontroli zachowania się jednostek stwarzających niebezpieczeństwo popełnienia czynów zabronionych, stosowany w wielu państwach w ramach różnorodnych instrumentów normatywnych. Jest on wykorzystywany w różnych ustawodawstwach m.in. jako narzędzie wspomagające czynności dochodzeniowo-śledcze, sposób monitorowania miejsc pobytu osób podejrzewanych o współpracę z organizacjami terrorystycznymi, element wdrażania środków probacyjnych (nadzór nad osobami, wobec których warunkowo zawieszono prowadzone postępowanie przygotowawcze lub orzeczoną karę), czynnik wspomagający realizację środków wychowawczych wobec nieletnich, jak również forma kontroli przemieszczania

¹⁸ P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 65–66; T. Ochelski, *op. cit.*, s. 95; J. Jasiński, *op. cit.*, s. 200; A. Ornowska, *op. cit.*, s. 67.

¹⁹ P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 42; B. Stańdo-Kawecka, Dozór elektroniczny w systemie..., s. 39 oraz s. 45. Por. M. Szewczyk, Jaka alternatywa dla krótkotrwałej kary pozbawienia wolności?, (w:) K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin prof. A. Gaberle*, Warszawa 2007, s. 110–111.

²⁰ T. Ochelski, *op. cit.*, s. 103; P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 42, s. 47, s. 53–54, s. 68 oraz s. 74. Por. też A. Ornowska, *op. cit.*, s. 71.

się i miejsc przebywania więźniów w otwartych zakładach karnych²¹. Rozwój technologii służącej określaniu miejsca znajdowania się ludzi lub przedmiotów w dowolnym miejscu na ziemi za pomocą sygnału satelitarnego (GPS – *Global Positioning System*) spowodował, że coraz częściej stosowaną formą dozoru elektronicznego staje się stałe kontrolowanie miejsca pobytu osób, które opuściły więzienia po odbyciu kary za najpoważniejsze przestępstwa. W niektórych krajach dozór tego rodzaju jest realizowany nawet do końca życia takiej osoby, pełniąc faktycznie rolę środka ochronnego²².

Jak już wspomniano, także unormowania polskiego prawa karnego przewidują obecnie dopuszczalność elektronicznego nadzorowania miejsc przebywania osób, wobec których orzeczono taką postać środka zabezpieczającego. Celem prowadzonych tu rozważań jest poddanie analizie rodzimych przepisów zawierających regulację EKMP w tej ich części, która odnosi się do środka zabezpieczającego. Będzie tu chodziło głównie o uregulowania rozdziału X k.k., unormowanie zawarte w art. 354a k.p.k.²³ oraz przepisy przewidziane w rozdziałach VIIa i XIII k.k.w.²⁴ Za równie istotne należy uznać wskazanie konsekwencji prawnych uchylania się od obowiązków związanych z realizacją tego typu sankcji oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dozór elektroniczny może stanowić postać samoistnego środka zabezpieczającego. Materia normatywna poświęcona regulacji EKMP jako środka zabezpieczającego jest bardzo obszerna, toteż pominięto w niniejszych rozważaniach kwestie proceduralne, w szczególności związane z kompetencją podmiotów uprawnionych do wnoszenia wniosków o zastosowanie tego środka ochronnego, właściwością sądów w zakresie orzekania w przedmiocie EKMP, formą wydawanych orzeczeń oraz przesłankami i terminami ich zaskarżenia.

II. Uregulowanie środka zabezpieczającego elektronicznej kontroli miejsca pobytu w przepisach materialnego prawa karnego

1. Zdefiniowanie środka zabezpieczającego EKMP w kodeksie karnym

Środek zabezpieczający przyjmujący postać elektronicznej kontroli miejsca pobytu został zdefiniowany w art. 93e k.k. Jest to w ujęciu tego przepisu

²¹ B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie...*, s. 32, s. 37 oraz s. 44; B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w Polsce...*, s. 7; T. Ochelski, *op. cit.*, s. 94–96, s. 98 oraz s. 104–107; P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 18–22, s. 27, s. 36–39, s. 48 oraz s. 67–74; K. M. Kampert, *op. cit.*, s. 196; A. Ornowska, *op. cit.*, s. 71; G. Hochmayr, *Dozór elektroniczny...*, s. 45–55; G. Hochmayr, *Elektronisch überwachter...*, s. 537–544.

²² Na przykład od dnia 1 lipca 2005 r. na terenie stanu Floryda, wobec sprawców przestępstw seksualnych, po odbyciu przez nich kary więzienia można stosować dożywotnio monitoring elektroniczny. Cyt. za P. Moczydłowski, *op. cit.*, s. 18.

²³ Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997 nr 89, poz. 555.

²⁴ Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r., Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. z 1997 r., Nr 90, poz. 557.

odrębny rodzaj środka ochronnego, wyszczególniony przez ustawodawcę obok terapii, terapii uzależnień oraz umieszczenia w zamkniętym zakładzie leczenia psychiatrycznego. Należy podkreślić, że chociaż dozór elektroniczny może stanowić formę kontroli wykonywania kary pozbawienia wolności, jak również element realizacji niektórych środków karnych, to nie został uznany przez ustawodawcę za odrębny i samodzielny rodzaj kary lub środka karnego. Na tym tle muszą się rodzić dwa istotne pytania:

- dlaczego EKMP nie będąc odrębnym, samodzielnym rodzajem kary lub środka karnego zyskała w polskim ustawodawstwie normatywny kształt samoistnego, stosowanego niezależnie od innych sankcji, środka zabezpieczającego?
- oraz czy dozór elektroniczny może stanowić autonomiczną sankcję *per se*, czy też jest to jedynie rodzaj technologii, która ułatwia i unowocześnia kontrolę prawidłowości wykonywania innych form prawnej reakcji na czyny zabronione?

Próbując znaleźć odpowiedź na te pytania należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie z treścią art. 93e k.k., osoba wobec której orzeczono EKMP ma obowiązek poddania się nieprzerwanej kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika. Definicja ta pozostaje w sprzeczności z innymi przepisami – zarówno kodeksu karnego, jak też kodeksu karnego wykonawczego. Wynika z niej bowiem jednoznacznie, że omawiany tu środek zabezpieczający polega na nieprzerwanym, a więc ciągłym monitorowaniu miejsca przebywania osoby, wobec której środek ten został zastosowany. Takie określenie oznaczałoby, że w treści art. 93e k.k. chodzi wyłącznie o dozór mobilny, co odpowiada również postanowieniom kilku innych przepisów, a w szczególności art. 43t § 2 pkt 1 k.k.w., zgodnie z treścią którego w razie orzeczenia dozoru mobilnego miejsce pobytu skazanego jest poddawane właśnie nieprzerwanej kontroli²⁵. Z postanowień zawartych w przepisach kodeksu karnego wynika jednak, że środek zabezpieczający może przybrać również postać dozoru zbliżeniowego. Stanowi o tym treść art. 41a § 1 w zw. z art. 99 § 1 k.k., wedle której sąd może orzec tytułem środka zabezpieczającego wobec niepoczytalnego sprawcy czynu karalnego zakaz zbliżania się do określonych osób kontrolowany w systemie dozoru elektronicznego. Uwzględniając, że przepis art. 43c § 1 k.k.w. wskazuje, iż środki zabezpieczające w systemie

²⁵ W doktrynie zauważa się tę okoliczność, ale nie wyciąga się z niej wniosków, tzn. nie akcentuje się braku koherencji pomiędzy wskazanym przepisem kodeksu karnego a innymi uregulowaniami tego aktu prawnego oraz kodeksu karnego wykonawczego – zob. P. Zakrzewski, Środki zabezpieczające o charakterze wolnościowym, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s. 700. Por. też I. Zgoliński, Komentarz do rozdziału X k.k. – Środki zabezpieczające, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 504.

dozoru elektronicznego wykonuje się jako dozór zbliżeniowy lub mobilny, należałoby przyjąć, że zakaz zbliżania się do określonej osoby powinien być realizowany jako dozór zbliżeniowy, chociaż – jak zauważono – pozostaje to w sprzeczności z literalną wykładnią art. 93e k.k. definiującego omawiany rodzaj środka zabezpieczającego.

Ukształtowanie dozoru elektronicznego jako formy samoistnego środka zabezpieczającego nie odpowiada też – jak można sądzić – treści art. 202 k.k.w. Przypomnieć należy, że przepis ten zastrzega, iż sprawcę, wobec którego wykonywany jest każdy środek zabezpieczający, obligatoryjnie obejmuje się odpowiednim postępowaniem leczniczym, psychoterapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym, którego celem jest poprawa stanu jego zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób nie stwarzający zagrożenia porządku prawnego. Tymczasem EKMP może być orzeczona przez sąd samodzielnie, bez połączenia z realizacją środków leczniczych. Również oddziaływanie resocjalizacyjne będzie w takim wypadku ograniczone, o ile w ogóle zostanie faktycznie wdrożone.

Interesującym zagadnieniem (ale zarazem stwarzającym też poważne problemy interpretacyjne) jest możliwość realizacji środka zabezpieczającego przy użyciu dozoru elektronicznego na podstawie art. 41b § 3 k.k. w zw. z art. 99 § 1 k.k. Te dwa wskazane tu przepisy, ujęte łącznie, stanowią, że orzekając zakaz wstępu na imprezę masową za czyn popełniony w związku z taką imprezą, sąd może orzec wobec sprawcy niepoczytalnego w chwili czynu obowiązek przebywania w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego. Także i w tym przypadku uregulowania karno-maturalne, tj. przytoczony tu art. 41b § 3 k.k. w zw. z art. 99 § 1 k.k. pozostają w kolizji z postanowieniami prawa karnego wykonawczego określonymi w art. 43c § 1 k.k.w. Wydaje się bowiem, że środek zabezpieczający (podobnie jak i środek karny) zakazu wstępu na imprezę masową kontrolowany elektronicznie przyjmuje formę dozoru stacjonarnego, natomiast – jak już wspomniano – treść art. 43a § 2 ust 2 k.k.w oraz art. 43c § 1 k.k.w. – przewiduje realizację środka zabezpieczającego EKMP wyłącznie w postaci dozoru zbliżeniowego lub dozoru mobilnego. W doktrynie można się spotkać ze stanowiskiem, iż środek ochronny zakazu wstępu na imprezę masową realizowany z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego przyjmuje jedynie formę dozoru mobilnego²⁶.

²⁶ K. Mańka, D. Zając, *Dozór elektroniczny*, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 225–226. Podobne stanowisko – jak można sądzić – przyjmuje też K. Postulski – zob. tegoż, *Środek zabezpieczający w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu*, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System prawa karnego*, t. 7 – *Środki zabezpieczające*, Warszawa 2015, s. 665–666; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1139–1140.

Zwolennicy tego poglądu wskazują, że dozór stacjonarny jest zarezerwowany tylko dla wykonywania kary pozbawienia wolności, natomiast w ramach dozoru zbliżeniowego można kontrolować elektronicznie jedynie utrzymywanie przez przestępcę ustalonej przez sąd odległości w stosunku do osoby chronionej, nie zaś względem miejsca objętego zakazem uczestnictwa w imprezie masowej²⁷. Sami autorzy tej tezy wskazują przy tym na wadliwość takiej interpretacji omawianych tu uregulowań: osoba objęta „zakazem stadionowym” powinna podlegać kontroli zachowania oraz miejsca pobytu tylko w czasie odbywania się imprezy masowej objętej zakazem uczestnictwa, natomiast orzeczenie wobec takiej osoby dozoru mobilnego powodowałoby jej stałe kontrolowanie, także w okresach przerwy pomiędzy kolejnymi imprezami masowymi, co rzeczywiście trudno byłoby uznać za uzasadnione²⁸.

Za tym, że zakaz wstępu na imprezę masową stosowany tytułem środka zabezpieczającego, wedle pierwotnego zamysłu ustawodawcy powinien być realizowany w formie stacjonarnego dozoru elektronicznego, przemawiają także inne argumenty. W pierwszej kolejności można wskazać, że w uchylonej już ustawie o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego zawarty został odrębny rozdział 5a zatytułowany „Warunki wykonywania, organizowania i kontrolowania oraz nadzór nad wykonywaniem obowiązku przebywania w miejscu stałego pobytu w czasie trwania imprezy masowej”. Zamieszczony w tym rozdziale art. 83c ust. 1 pkt 3 jednoznacznie wskazywał na dozór stacjonarny jako formę realizacji tego zakazu, stanowiąc „(...) Sąd penitencjarny wydaje postanowienie, w którym wskazuje obowiązek przebywania skazanego w miejscu stałego pobytu w czasie trwania imprez masowych, w terminach, o których będzie informowany przez centralę monitorowania”. Następnie w art. 83j ust. 1 tego aktu prawnego zawarto postanowienie: „Podmiot prowadzący centralę monitorowania niezwłocznie informuje skazanego o terminach imprez masowych, w czasie których ma on obowiązek przebywać w miejscu stałego pobytu”. Ponadto art. 83k tego aktu prawnego nakazywał stosować do wykonywania, organizowania i kontrolowania oraz nadzoru nad wykonywaniem omawianego zakazu art. 8 ust. 1 ustawy – a przepis ten wskazywał na obowiązek osoby objętej dozorem elektronicznym pozostawania w wyznaczonym miejscu i czasie wskazanym przez sąd penitencjarny.

Zacytowany wcześniej przepis art. 41b § 3 k.k. zawierający regulację zakazu wstępu na imprezę masową został wprowadzony w życie w czasie obowiązywania ustawy o dozorcze elektronicznym – a co za tym idzie – forma realizacji tego zakazu w połączeniu z nadzorem elektronicznym niewątpliwie

²⁷ I. Zgoliński, Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w. – System dozoru elektronicznego, (w:) J. Lachowski (red.), Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2016, s. 181 oraz s. 184.

²⁸ K. Mamiak, D. Zając, *op. cit.*, s. 225.

była skorelowana z przepisami tej ustawy i miała charakter dozoru stacjonarnego²⁹. Potwierdzają to dotychczasowe poglądy wyrażane przez przedstawicieli doktryny na gruncie interpretacji treści art. 41b k.k.³⁰ Nowelizacja kodyfikacji karnej przeprowadzona w dnia 20 lutego 2015 r. nie przyniosła zmian w treści art. 41b k.k. Zawarty w tym przepisie środek karny, który – jak

²⁹ W komentarzu K. Dąbkiewicza do przepisów Kodeksu karnego wykonawczego poświęconych wykonywaniu dozoru elektronicznego można się spotkać z tezą, że ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego z 2007 r. przewidywała stosowanie dozoru mobilnego w celu kontroli nieobecności skazanego w określonym miejscu – np. w razie orzeczenia środka karnego zakazu wstępu na imprezę masową w związku z uczestnictwem w masowej imprezie sportowej. Zdaniem tego Autora podstawa stosowania dozoru mobilnego znajdowała się w art. 14 w zw. z art. 8 ust. 3 u.d.e. Zob. K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 212. Trzeba jednak zauważyć, że podane przepisy wskazywały na konieczność stosowania właśnie dozoru stacjonarnego w przypadku orzeczenia obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach. Treść tych uregulowań brzmiała bowiem następująco: art. 8 ust. 3 u.d.e. – „Sąd penitencjarny na wniosek prokuratora lub sądowego kuratora zawodowego może nałożyć na skazanego zakaz zbliżania się do określonej osoby, za zgodą tej osoby lub nałożyć na skazanego obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach”; art. 14 ust. 1 u.d.e. – „Jeżeli w przypadku nałożenia na skazanego obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach, o którym mowa w art. 8 ust. 3, orzeczono o zastosowaniu stacjonarnego urządzenia monitorującego, sąd penitencjarny, na wniosek sądowego kuratora zawodowego nakłada na upoważniony podmiot dozoru obowiązek zainstalowania tego urządzenia we wskazanym miejscu na określony czas”. Z kolei zdaniem I. Zgolińskiego ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego przewidywała dopuszczalność stosowania zarówno dozoru stacjonarnego, zbliżeniowego, jak i mobilnego, z tym, że według tego Autora wskazane formy monitoringu elektronicznego nie zostały zdefiniowane, a co więcej – nie wszystkie wykorzystywano w praktyce. Zob. I. Zgoliński, *Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w. – System dozoru elektronicznego*, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 182–183.

³⁰ Dodać wszakże trzeba, że poglądy formułowane na tle omawianej tu kwestii są odnoszone w komentarzach bezpośrednio do środka karnego zakazu wstępu na imprezę masową kontrolowanego w systemie dozoru elektronicznego. Cytowani Autorzy z reguły pomijają kwestię orzekania tego zakazu jako środka zabezpieczającego. Por. O. Łączkowska, *Dozór elektroniczny jako system wykonywania kary pozbawienia wolności – teoria, praktyka a proponowane zmiany*, (w:) M. Małolepszy (red.), *Reforma sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, Warszawa 2015, s. 60–61; T. Bojarski, *Komentarz do rozdziału V k.k. – Środki karne*, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 180; Z. Sienkiewicz, *Komentarz do art. 41b k.k.*, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 174–175; W. Zalewski, *Komentarz do art. 41b k.k.*, (w:) M. Królikowski i R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. II. Komentarz do art. 32–116 k.k.*, Warszawa 2015, s. 89; A. Ziółkowska, *Komentarz do art. 41b k.k.*, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 279 oraz s. 286; D. Szeleszczuk, *Komentarz do art. 41b k.k.*, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 285; Z. Cwiakałski, *Niestosowanie się do zakazu wstępu na imprezę masową (art. 244a k.k.)*, (w:) W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa prof. M. Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 63–64.

można sądzić – na podstawie art. 99 § 1 k.k. może być orzekany również tytułem środka zabezpieczającego, teoretycznie powinien być zatem realizowany jako dozór stacjonarny. Przewidują to zresztą przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie znowelizowanych w 2015 r. przepisów kodeksu karnego wykonawczego. Mowa tu o treści §1 ust. 1 lit. b oraz ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości wydanego na podstawie art. 43f § 2 k.k.w.³¹ Przepisy te stanowią, iż użyte w tym rozporządzeniu określenie „dane” oznacza m.in. informacje zapisane w postaci elektronicznej, dotyczące kontroli obowiązku przebywania skazanego w czasie trwania imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, zaś „miejsce monitorowania” oznacza miejsce stałego pobytu skazanego lub inne wyznaczone miejsce (w przypadku dozoru stacjonarnego) oraz aktualne miejsce pobytu skazanego niezależnie od tego, gdzie skazany ma miejsce stałego pobytu (w przypadku dozoru mobilnego). Nie wydaje się przy tym, aby na przeszkodzie realizowania elektronicznej kontroli „zakazu stadionowego” w formie stacjonarnej, stała niewątpliwa uciążliwość tego swoistego aresztu domowego: w przypadku środka zabezpieczającego osoba poddana dozorowi nie będzie mogła opuszczać miejsca stałego pobytu tylko w okresach odbywania się imprez masowych, wskazanych przez sąd. Przez cały okres wykonywania tego środka ochronnego musiałaby ona jednak nosić nadajnik.

Wydaje się, że ustawodawca wskazując w kodeksie karnym wykonawczym, iż środek zabezpieczający (podobnie jak środek karny) EKMP może być realizowany wyłącznie w formie dozoru zbliżeniowego lub mobilnego prawdopodobnie przeoczył istnienie środka ochronnego w postaci „zakazu stadionowego”, którego realizacja podlega nadzorowi elektronicznemu. W kontekście tego spostrzeżenia trudno uznać za uzasadnione, dokonywane niekiedy w doktrynie, nadawanie pierwszeństwa uregulowaniom prawa karnego wykonawczego w przypadku ich sprzeczności z postanowieniami kodeksu karnego: przecież to uregulowania egzekucyjne stanowią rozwinięcie i uszczegółowienie unormowań prawa karnego materialnego, a nie odwrotnie. Jeżeli zatem uregulowanie przewidziane w art. 41b k.k. przewiduje realizację zarówno środka karnego, jak też odpowiadającego mu treściowo na podstawie art. 99 § 1 kk. środka zabezpieczającego zakazu wstępu na imprezę masową, kontrolowanego w systemie stacjonarnego dozoru elektronicznego, to w zasadzie przepisy te, jako nadrzędne, powinny mieć pierwszeństwo w stosunku do zastrzeżonego w przepisach kodeksu karne-

³¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 maja 2015 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków technicznych i wymagań funkcjonalnych, jakie powinny spełniać środki techniczne służące do wykonywania dozoru elektronicznego oraz sposobu funkcjonowania systemu komunikacyjno-monitorującego, Dz. U. z 2015 r., poz. 797.

go wykonawczego nakazu realizacji EKMP, jako środka ochronnego, wyłącznie w formie dozoru mobilnego lub zbliżeniowego.

Możliwa jest jeszcze jedna forma interpretacji uwzględnianych łącznie przepisów zawartych w art. 41b § 3 k.k., art. 41b § 6 k.k., art. 41b § 9 k.k., art. 93e k.k. oraz w art. 99 § 1 k.k. Mianowicie, skoro zgodnie z treścią art. 41b § 9 k.k. elektroniczna kontrola zakazu wstępu na imprezę masową może w ramach orzeczonego środka karnego trwać od 6 do 12 miesięcy, a zarazem, zgodnie z treścią art. 41b § 6 k.k., czas realizacji tego obowiązku nie może przekroczyć okresu ustanowionego wobec skazanego zakazu wstępu na imprezę masową (a więc maksymalnie 6 lat), to być może, nadzór elektroniczny ma w tym wypadku wyłącznie czasowy charakter i jego realizacja została powiązana wyłącznie ze środkiem karnym. W takim przypadku dozór elektroniczny nie mógłby stanowić elementu analogicznego treściowo, administracyjnego środka zabezpieczającego, jak bowiem wiadomo – w takiej sytuacji, czasu realizacji tego obowiązku nie ustala się z góry. Taka interpretacja nie może być jednak przyjęta, bowiem administracyjne środki zabezpieczające w postaci zakazów orzeka się bez określenia czasu ich obowiązywania, a sąd uchyla je, gdy ustały przyczyny orzeczenia tego typu środków. Regulujący tę kwestię art. 99 § 2 k.k. wskazuje też, że chodzi o wszystkie zakazy wymienione w art. 39 pkt 2–3 k.k. Skoro ustawodawca nie wyłączył z zakresu tych środków ochronnych kontroli elektronicznej zakazu wstępu na imprezę masową, to wydaje się, że ta postać środka karnego może być również stosowana tytułem środka zabezpieczającego.

Niezależnie od tego, jaka forma interpretacji omawianych tu przepisów zostanie przyjęta, wydaje się oczywiste, że w przyszłości powinno nastąpić wyjaśnienie przedstawionych wątpliwości i ujednolicenie wskazanych tu uregulowań prawa karnego materialnego oraz wykonawczego.

2. Kategorie przestępców, wobec których zastosowanie znajduje środek ochronny EKMP oraz łączenie tego środka z realizacją innych sankcji karnych

Definicja środka zabezpieczającego EKMP sformułowana w art. 93e k.k. znajduje rozwinięcie i uzupełnienie w pozostałych przepisach rozdziału X k.k., który zawiera uregulowania odnoszące się do środków ochronnych. Z porównania treści art. 93a § 1 k.k. oraz art. 93c k.k. wynika, że EKMP jako środek zabezpieczający może znaleźć zastosowanie zarówno w stosunku do sprawców niepoczytalnych, jak też do określonych w art. 93c k.k. kategorii przestępców, którzy w chwili czynu zabronionego byli zdolni rozpoznać znaczenie swojego czynu oraz mogli z rozeznaniami pokierować swoim postępowaniem. W przypadku sprawców poczytalnych będzie chodziło o jednostki o poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym, osoby, które dopuściły się przestępstw w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych

bądź w związku z zaburzeniami osobowości, a także sprawców skazanych za przestępstwa popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka³².

Jeżeli chodzi o sprawców uznanych za niepoczytalnych, to EKMP może zostać orzeczona w postanowieniu, na mocy którego sąd zastosuje jednocześnie środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Sąd może też – nie postanawiając o izolacji leczniczej sprawcy w zakładzie psychiatrycznym – poprzestać na orzeczeniu dozoru elektronicznego, jako jedynej, nie połączonej z innymi obowiązkami niepoczytalnego sprawcy, samoistnej formie środka ochronnego. Od tej postaci dozoru elektronicznego realizowanej tytułem środka zabezpieczającego wyraźnie odróżniają się formy elektronicznego monitoringu, które zostały przewidziane w art. 41a § 1 k.k. oraz w art. 41b § 3 k.k. Zarówno w przypadku zakazu zbliżania się do określonych osób, jak i w razie orzeczenia zakazu wstępu na imprezę masową dozór elektroniczny nie stanowi samoistnej postaci środka zabezpieczającego, a wyłącznie jeden z elementów złożonej sankcji nałożonej na niepoczytalnego sprawcę. W konsekwencji ewentualna okresowa niemożność realizacji dozoru elektronicznego nie spowoduje zniesienia obowiązywania zakazu, wskazanego w treści art. 41a § 1 k.k. oraz w art. 41b § 3 k.k., którego czynnikiem składowym jest ów dozór elektroniczny³³.

Jeżeli EKMP została orzeczona wobec sprawcy niepoczytalnego obok internacji w zakładzie psychiatrycznym, wówczas – mimo iż przepisy wyraźnie nie wskazują w tym wypadku sekwencji wykonywania tych dwóch środków ochronnych – należy przyjąć, że w pierwszej kolejności powinno zostać zrealizowane umieszczenie takiej osoby w zakładzie psychiatrycznym³⁴. Dotyczy to zarówno dozoru elektronicznego wymienionego w art. 93e k.k., jak też form EKMP wymienionych w art. 41a § 1 oraz w art. 41b § 3 k.k. Możliwa jest też sytuacja, wskazana w art. 93d § 2 k.k., iż w postanowieniu umarzającym postępowanie karne sąd zastosuje internację w zakładzie psychiatrycznym, a nie orzeknie EKMP. Dopiero na etapie postępowania wykonawczego, uchylając środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym sąd może nałożyć na osobę zwalnianą z internacji obowiązek bezterminowego poddania się dozorowi elektronicznemu³⁵.

³² Por. K. Postulski, *Środek zabezpieczający...*, s. 664.

³³ K. Mamak, D. Zajac, *op. cit.*, s. 216 oraz s. 257.

³⁴ Ustawodawca określił w art. 93d § 5 k.k. kolejność wykonywania bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz środków zabezpieczających orzekanych razem z tą karą lub podczas jej wykonywania, wskazując, że w takich przypadkach najpierw wykonywana będzie kara pozbawienia wolności, a następnie – po jej zakończeniu – środki zabezpieczające. Wydaje się, że nie uregulowano natomiast kolejności realizacji internacji sprawcy niepoczytalnego w zakładzie psychiatrycznym oraz wykonywania wolnościowych środków zabezpieczających z art. 93a pkt 1–3 k.k.

³⁵ K. Postulski, *Środek zabezpieczający...*, s. 667.

W przypadku sprawców poczytalnych wymienionych w art. 93c pkt 2–5 k.k. dozór elektroniczny jako środek zabezpieczający może zostać orzeczony samoistnie (tzn. jako jedyna postać sankcji karnej) lub kumulatywnie z karami wolnościowymi (tj. karą grzywny, karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem), ze środkami karnymi oraz z bezwzględną karą pozbawienia wolności. Jeżeli sąd orzekł wobec sprawcy karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, wówczas EKMP jako środek zabezpieczający zostanie zrealizowana po odbyciu tej kary lub po warunkowym zwolnieniu z jej odbywania (art. 93d § 5 k.k.).

Zgodnie z treścią art. 93d § 4 k.k. EKMP można wdrożyć także w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności. Omawiany tu środek ochronny może zostać orzeczony do czasu wykonania tej kary jednak nie wcześniej niż na sześć miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem przez skazanego kary pozbawienia wolności³⁶. Ponadto środek ochronny w postaci EKMP może zostać orzeczony także łącznie ze środkami karnymi oraz odpowiadającymi im treściowo administracyjnymi środkami zabezpieczającymi w formie nakazu lub zakazów, wskazanych w art. 99 § 1 k.k.

Uwzględniając treść postanowienia zawartego w art. 93b § 4 k.k., że wobec tego samego sprawcy można orzec więcej niż jeden środek zabezpieczający, należy przyjąć, iż dozór elektroniczny może być stosowany wobec tego samego sprawcy w połączeniu z innymi środkami zabezpieczającymi, ale też dopuszczalne byłoby objęcie tej samej osoby jednocześnie dozorem zbliżeniowym oraz dozorem mobilnym³⁷.

3. Ocena faktycznej dolegliwości środka zabezpieczającego EKMP oraz znaczenie opinii biegłych dla zasadności jego orzeczenia

W tym miejscu rozważań poświęconych środkowi zabezpieczającemu EKMP należy się odnieść do kwestii faktycznej dolegliwości tej formy sankcji prawa karnego oraz celowości jej wdrażania wobec niektórych kategorii przestępców. Uwzględniając treść art. 93a § 1 k.k., który wymieniając rodzaje środków zabezpieczających na pierwszym miejscu umieszcza EKMP, a na ostatnim jedyny, kodeksowy izolacyjny środek ochronny w postaci in-

³⁶ Tamże.

³⁷ K. Małach, D. Zając, *op. cit.*, s. 221. O ile przyjąć założenie, że środek zabezpieczający zakazu wstępu na imprezę masową może być kontrolowany w formie stacjonarnego dozoru elektronicznego, to wówczas niewykluczona byłaby sytuacja, w której wobec tego samego sprawcy czynu karalnego realizowany byłby środek zabezpieczający w postaci dozoru stacjonarnego oraz dozoru zbliżeniowego – wobec osoby pokrzywdzonej. Jeżeli – zgodnie z przepisami kodeksu karnego wykonawczego – osoba dozorowana nie wyraziłaby zgody na zastosowanie z jej udziałem dozoru zbliżeniowego, wówczas sąd musiałby zamienić ten rodzaj dozoru na dozór mobilny.

ternacji w zakładzie psychiatrycznym, można by sformułować wniosek, iż dozór elektroniczny jest „najłagodniejszym” spośród kodeksowych środków zabezpieczających³⁸ i sąd decydując który spośród nich orzec, w pierwszej kolejności powinien zastosować EKMP. Taki wniosek, nawiązujący do wykładni art. 32 k.k. zawierającego katalog kar, zgodnie z którą należy wymierzać kary o charakterze wolnościowym dając pierwszeństwo tym, które zostały wymienione wcześniej, byłby wnioskiem mylnym³⁹. Środki zabezpieczające nie są bowiem karami, a ich ewentualna, faktycznie wywierana dolegliwość nie jest celowo zamierzona przez ustawodawcę. Każdy ze środków zabezpieczających powinien znajdować zastosowanie wówczas, gdy zostanie uznany przez sąd za skuteczną metodę zapobieżenia popełnieniu kolejnego czynu karalnego przez sprawcę. Jeżeli zatem spełnione są przesłanki ustawowe orzeczenia określonego rodzaju środka zabezpieczającego, a decyzja sądu nie narusza ogólnych zasad stosowania środków ochronnych, zawartych przede wszystkim w art. 93b k.k., wówczas ten środek powinien zostać orzeczony – a kolejność, w której środki ochronne zostały wymienione w art. 93a § 1 k.k. nie odgrywa w tym zakresie żadnej roli. Trzeba zresztą wyraźnie powiedzieć, że dolegliwość dozoru elektronicznego może być odczuwana w zróżnicowanym stopniu w zależności od tego, wobec której kategorii przestępców wymienionych w art. 93c k.k. będzie on realizowany⁴⁰. Z treści uregulowań zawartych w rozdziale X k.k. wynika, że ten rodzaj środka ochronnego może znaleźć zastosowanie m.in. wobec osób chorych psychicznie oraz jednostek głęboko upośledzonych umysłowo, u których te schorzenia będą skutkować stwierdzeniem niepoczytalności lub poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym. Wydaje się, że w tych przypadkach EKMP może mieć bardzo dolegliwy charakter wpływający na wzmożenie się objawów zaburzeń chorobowych oraz skutkujący stygmatyzacją tych osób, jak również pogłębieniem się procesu ich społecznej izolacji. O ile nadajnik przesyłający sygnały do rejestratora w systemie dozoru stacjonarnego oraz zbliżeniowego w zasadzie niewiele się różni od zwykłego zegarka, o tyle już nadajnik GPS ma większe gabaryty⁴¹. Nie zawsze będzie

³⁸ Teza, że w treści art. 93a § 1 k.k. wymieniono środki zabezpieczające w kolejności od „najłagodniejszego” do „najbardziej dolegliwego” jest rozpowszechniona w doktrynie. Zob. J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Warszawa 2015, s. 350; J. Długosz, Komentarz do rozdziału X k.k. – Środki zabezpieczające, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. II. Komentarz do art. 32–116 k.k., Warszawa 2015, s. 587; A. Wilkowska-Płóciennik, Komentarz do rozdziału X k.k. – Środki zabezpieczające, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 600.

³⁹ Wniosek o takiej treści formułuje np. I. Zgoliński – zob. tegoż autora Komentarz do rozdziału X k.k., s. 502–503.

⁴⁰ A. Wilkowska-Płóciennik, *op. cit.*, s. 600.

⁴¹ I. Zgoliński, Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w..., s. 189.

można go ukryć, co może skutkować negatywnym napiętnowaniem społecznym jednostek chorych psychicznie i upośledzonych umysłowo. Należy się zastanowić, czy nakazanie ciągłego noszenia nadajnika, jak również zakaz zbliżania się do określonych miejsc, stosowany wobec przestępców psychicznie chorych lub upośledzonych umysłowo, nie stanowiłby naruszenia zasady humanitaryzmu stosowania sankcji karnych, statutowanej przez art. 3 k.k. Może się okazać, że w konkretnej sytuacji bardziej korzystne i faktycznie mniej dolegliwe dla jednostek głęboko zaburzonych psychicznie okazałoby się ich umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym.

Decyzja sądu o zastosowaniu środka zabezpieczającego EKMP musi być oparta na opiniach biegłych, których – zgodnie z treścią art. 354a § 1 k.p.k. – sąd powinien wysłuchać⁴². Zgodnie z orzecznictwem dotyczącym tego sformułowania oznacza to, że sąd nie jest związany opinią przedstawioną mu przez ekspertów, niemniej opinia ta musi zostać przez nich przygotowana na piśmie i odczytana przed sądem. Nie wystarczy jej przygotowanie wyłącznie na piśmie, jak również wysłuchanie tylko jednego biegłego⁴³. Eksperti powinni wskazać w opinii m.in., jak wysokie jest prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego, czy zastosowanie w danym przypadku EKMP w charakterze środka zabezpieczającego będzie skuteczne pod względem zapobieżenia dalszemu popełnianiu przez sprawcę czynów karalnych, jak również jaki wpływ na stan psychiczny, czy szerzej – osobowościowy – oskarżonego będzie miało orzeczenie tego środka zabezpieczającego⁴⁴. Wymieniony przepis art. 354a § 1 k.p.k. wskazuje, że – podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, sprzed nowelizacji w 2015 r. – w większości przypadków będą to dwaj lekarze psychiatry i psycholog. W sytuacji, gdy sąd będzie rozważał zastosowanie środka ochronnego wobec przestępcy wykazującego zaburzenia preferencji seksualnych, do grona ekspertów powinien dołączyć biegły lekarz seksuolog lub biegły psycholog seksuolog. Z kolei w sprawie dotyczącej osób, które dopuściły się czynu karalnego w związku z uzależnieniem, oprócz lekarzy psychiatrów i psychologa, sąd może wysłuchać także biegłego w przedmiocie uzależnień. Dodać należy, że postanowieniom art. 354a § 1 k.p.k. w zakresie powoływania biegłych na etapie postępowania jurysdykcyjnego w celu zaopiniowania stosowania omawianego tu środka ochronnego odpowiada treść art. 199b § 2 k.k.w., jeżeli środek ten miałby zostać zastosowany w postępowaniu wykonawczym. Podstawowa różnica pomiędzy treścią art. 354a § 1 k.p.k. oraz art. 199b § 2 k.k.w. polega na tym, że w postępowaniu jurysdykcyjnym sąd powinien wysłuchać w charakterze biegłych dwóch lekarzy psychiatrów, na-

⁴² J. Długosz, *op. cit.*, s. 570.

⁴³ K. Postulski, *Środek zabezpieczający...*, s. 667; J. Długosz, *op. cit.*, s. 571.

⁴⁴ J. Długosz, *op. cit.*, s. 571–572; I. Zgoliński, *Komentarz do rozdziału X k.k.*, s. 501–502.

tomiast na etapie postępowania wykonawczego wystarczające będzie uzyskanie opinii już tylko jednego lekarza psychiatry.

Przypomnieć trzeba, że do momentu nowelizacji uregulowań karnych z 2015 r., podstawa normatywna powoływania biegłych w celu zaopiniowania orzeczenia środków zabezpieczających znajdowała się w art. 93 k.k. Zważywszy, że omawiane tu przepisy spełniają niezwykle ważną funkcję gwarancyjną dla oskarżonych, jak również stanowią element definiujący środki zabezpieczające, odróżniający je ściśle od kar i środków karnych, należy postulować, aby – mimo niewątpliwie procesowego charakteru – powróciły one w zmodyfikowanej formie do uregulowań zawartych w rozdziale X k.k.

Na koniec tej części rozważań poświęconych EKMP stosowanej tytułem środka zabezpieczającego należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 93d § 6 k.k. w ciągu 3 lat od jego uchylenia sąd może ponownie orzec ten sam środek zabezpieczający, terapię lub terapię uzależnień. Sąd ma dużą swobodę w zakresie podjęcia decyzji w tym zakresie, bowiem wskazany przepis uzależnia ponowne wdrożenie EKMP lub innego wolnościowego środka ochronnego od uznania, iż „zachowanie sprawcy po uchyleniu środka zabezpieczającego wskazuje, że zachodzi konieczność stosowania środków zabezpieczających”. Należy uznać, że osoba ta nie musi popełnić nowego czynu wypełniającego znamiona przestępstwa, czy nawet wykroczenia. Wystarczy, że jej zachowanie wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełniania czynu zabronionego pod groźbą kary.

Measure of protection in the form of electronic control of a criminal offender's location (Part 1)

Abstract

This first part of the study explores the provisions of substantive criminal law governing the measure of protection in the form of electronic control of a criminal offender's location. Discrepancies are identified between the Penal Code and the Executive Penal Code as far as the definition of the measure and forms of its application are concerned. Presented are also categories of offenders to which electronic control of location may apply as well as the possibility for cumulating such control with other types of sanctions under the Penal Code. Actual severity of the measure is assessed and the importance of expert opinions for the validity of the court decision to apply the measure is highlighted. Dogmatic considerations are preceded by the presentation of contemporary forms the measure takes in European criminal legislation.

Arkadiusz Lach

Sankcje administracyjne i karne a zakaz podwójnego karania w świetle najnowszego orzecznictwa ETPCz i TS

Streszczenie

Artykuł został poświęcony analizie stosowania zakazu ne bis in idem w przypadku zbiegu sankcji administracyjnej i karnej. Opierając się na orzecznictwie ETPCZ oraz TS autor prezentuje problem określenia rzeczywistego charakteru sankcji administracyjnej i tożsamości czynu oraz konsekwencje uznania sankcji administracyjnej za mającą w istocie charakter karny.

Problematyka charakteru sankcji administracyjnych i ich relacji do prawa karnego należy bez wątpienia do jednych z najbardziej spornych zagadnień w nauce prawa¹. Nie jest to zagadnienie nowe, jednak rosnąca liczba aktów prawnych przewidujących bardzo dotkliwe nieraz sankcje administracyjne² skłania do przyjrzenia się temu zagadnieniu z perspektywy dopuszczalności wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego w przypadku nałożenia wcześniej sankcji administracyjnej.

Punktem wyjścia do dalszych rozważań będzie przeanalizowanie zakazu podwójnego karania czy też ścigania. Oprócz treści art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. należy tu wziąć pod uwagę następujące regulacje:

- art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCZ)³, zgodnie z którym „nikt nie może być ponownie sądzony lub uka-

¹ Zob. na ten temat np. D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004; M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008; M. Rogalski, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna*, *Ius Novum*, nr specjalny 2014, s. 66–79; M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015; A. Błachnio-Parzych, *Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej*, Warszawa 2016.

² Dla przykładu art. 82 Rozporządzenia ogólnego w sprawie ochrony danych osobowych przewiduje nałożenie administracyjnej kary pieniężnej w wysokości do 20 000 000 Euro, a w przypadku przedsiębiorstwa – w wysokości do 4% jego całkowitego rocznego światowego obrotu z poprzedniego roku obrotowego. Zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119 z dnia 4 maja 2016 r. Kara administracyjna może być zatem kilkadziesiąt razy wyższa niż maksymalna kara pieniężna za przestępstwo przewidziana w polskim k.k.

³ Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

rany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwa, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa”;

- art. 50 Karty Praw Podstawowych (KPP)⁴, w myśl którego „Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii”⁵.

Rozważania należy rozpocząć od analizy orzecznictwa strasburskiego. W kontekście art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCZ) wyraża pogląd, że pojęcie „ukarania” ma na gruncie EKPCZ autonomiczny charakter. Przy określaniu, czy dana sprawa ma charakter karny, brane są pod uwagę trzy elementy: klasyfikacja naruszenia w prawie krajowym, jego istota oraz surowość sankcji grożącej za naruszenie⁶. Kryteria te nie muszą być spełnione kumulatywnie, wystarczy zaistnienie jednego z nich. Niekiedy jednak potrzebna jest całościowa analiza, jeśli żadne z kryteriów analizowanych odrębnie nie daje przekonującej odpowiedzi co do charakteru nałożonej sankcji⁷.

Pierwsze kryterium jest istotne, nie ma jednak charakteru przesądzającego. Jest to podejście trafne, ponieważ prawodawca krajowy lub unijny może mieć pokusę do wprowadzania pod przykrywką prawa administracyjnego sankcji mających w istocie charakter karny, obniżając tym samym gwarancje procesowe podmiotów, na które kara jest nakładana. Może zatem zdarzyć się sytuacja, że w prawie krajowym dana sankcja zostanie określona jako administracyjna, a pomimo to ETPCZ uzna, że w istocie ma ona charakter karny. W sprawie *Grande Stevens przeciwko Włochom*⁸ ETPCZ przyjął, że choć kary nałożone przez organ włoski zostały na gruncie prawa krajowego określone jako administracyjne, to jednak ich surowość (od 500 000 do 3 000 000 Euro) przemawiała za przyjęciem, że miały one charakter karny. Orzeczenie przez sąd karny kar za te same czyny w sytuacji, kiedy wcześniej wydano ostateczne decyzje nakładające kary w trybie administracyjnym, naruszało zatem art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7. Jeśli zaś chodzi o istotę naruszenia, to dla przykładu w sprawie *Zolotukhin*⁹ wskazano, że pomimo

⁴ Dz. Urz. UE C nr 83 z dnia 30 marca 2010 r.

⁵ Zastosowanie Karty Praw Podstawowych zgodnie z jej art. 51 ust. 1 jest ograniczone do sytuacji stosowania przez organy państw członkowskich prawa UE. Szerzej na ten temat N. Półtorak, Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 2014, nr 9, s. 17–28.

⁶ Zob. wyrok ETPCZ z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i inni przeciwko Holandii*, skargi nr 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

⁷ Wyrok ETPCZ z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie *Jussila przeciwko Finlandii*, skarga nr 73053/01.

⁸ Wyrok ETPCZ z dnia 4 marca 2014 r., skarga nr 18640/10.

⁹ Wyrok ETPCZ z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie *Zolotukhin przeciwko Rosji*, skarga nr 14939/03.

nieuregulowania danego czynu karalnego w kodeksie karnym a w prawie administracyjnym, jego istotą jest ochrona godności ludzkiej i porządku publicznego, które to wartości są tradycyjnie chronione przez prawo karne. Wprowadzenie regulacji miało zaś cel represyjny i odstraszący, co jest charakterystyczną cechą sankcji karnych. Również w sprawach podatkowych uznawano, że dodatkowe zobowiązanie podatkowe ma charakter sankcji karnej¹⁰. Pomimo, że sankcja taka nie była klasyfikowana w prawie krajowym jako karna, lecz podatkowa, to jednak była ona nakładana w celu odstraszenia i ukarania, a nie kompensacji. Jej karnego charakteru nie zmieniał przy tym stosunkowo nieduży wymiar¹¹. ETPCZ uznawał też, że ma do czynienia ze sprawą karną w rozumieniu EKPCZ w przypadku orzeczenia aresztu¹² lub grzywny za wykroczenie¹³. Brak charakteru karnego stwierdzono natomiast między innymi w przypadku ograniczenia na 2 miesiące prawa więźnia do odwiedzin i korespondencji w związku z próbą ucieczki¹⁴ czy cofnięcia zezwolenia na posiadanie broni po popełnieniu przestępstwa z użyciem przemocy¹⁵. Warto dodać, że analizując charakter danej sankcji ETPCZ bierze pod uwagę nie tylko jej wymiar *in concreto*, lecz również potencjalną możliwość wymierzenia, a więc górną granicę¹⁶.

W przywołanej już sprawie Zolotukhin i w późniejszych orzeczeniach, ETPCZ opowiedział się za odnoszeniem pojęcia „*idem*” do zdarzenia, faktów na podstawie których nałożono sankcje, a nie tożsamości ich oceny prawnej, tożsamości zarzuconego naruszenia. Tożsamość czynu istnieje zatem, kiedy ściganie za „przestępstwo” ma miejsce na podstawie identycznych lub w dużym stopniu tych samych okoliczności faktycznych (*arises from identical facts or facts which are substantially the same*). Tym samym Trybunał odstąpił od poglądu wyrażonego w sprawie Oliveira przeciwko Szwajcarii¹⁷, że art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 zabrania podwójnego ścigania za to same przestępstwo, natomiast nie stoi na przeszkodzie pociągnięciu do odpowiedzialności karnej, jeżeli jeden czyn stanowi dwa odrębne przestępstwa. Dla przykładu tożsamość czynu stwierdzono w sytuacji, gdy postępowania były prowadzone w odniesieniu do tego samego zaniechania ujawnienia dochodu,

¹⁰ Wyrok ETPCZ z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie Jussila przeciwko Finlandii, skarga nr 73053/01.

¹¹ Wyrok ETPCZ z dnia 10 lutego 2015 r. w sprawie Kiiveri przeciwko Finlandii, skarga nr 53753/12.

¹² Wyrok ETPCZ z dnia 31 lipca 2007 r. w sprawie Zaicevs przeciwko Łotwie, skarga nr 65022/01.

¹³ Wyrok ETPCZ z dnia 1 marca 2016 r. w sprawie Milenković przeciwko Serbii, skarga nr 50124/13.

¹⁴ Decyzja ETPCZ z dnia 13 września 2016 r. w sprawie Goran Šubinski przeciwko Słowenii, skarga nr 48298/13.

¹⁵ Decyzja ETPCZ z dnia 22 marca 2016 r. w sprawie Palmén przeciwko Szwecji, skarga nr 38292/15.

¹⁶ Wyrok ETPCZ w sprawie Zolotukhin przeciwko Rosji.

¹⁷ Wyrok ETPCZ z dnia 30 lipca 1998 r., skarga nr 25711/94. Zob. też M. J a c k o w s k i, Zasada *ne bis in idem* w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Państwo i Prawo, nr 9/2012, s. 19–21 i wskazane tam orzeczenia.

obejmowały ten sam okres oraz wysokość uszczuplonego podatku¹⁸. W wspomnianej już sprawie Grande Stevens, zarówno postępowanie administracyjne, jak i karne zostało wszczęte w związku z informacjami podanymi w komunikacie prasowym. Nie było zatem najmniejszych wątpliwości co do zaistnienia *idem*. Z kolei brak tożsamości czynu ETPCZ odnotował w przypadku prowadzenia postępowania podatkowego co do nieujawnienia źródła dochodu przez skarżącą oraz karnego w zakresie pomocnictwa do czynu popełnionego przez jej męża, które polegało na przyjęciu środków finansowych przy świadomości niewypłacalności męża, który działał w ten sposób z pokrzywdzeniem wierzycieli¹⁹, czy też przy nałożeniu dodatkowego zobowiązania podatkowego na podatnika za nieujawnienie przychodu w poszczególnych latach, a następnie skazania go za podanie w imieniu przedsiębiorstwa nieprawdziwych informacji organom podatkowym²⁰.

Nie stwierdzono naruszenia art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 w przypadku uznania, że doszło do nałożenia różnych, wzajemnie dopełniających się niejako sankcji w dwóch oddzielnych, lecz równolegle prowadzonych postępowaniach. W takich sytuacjach przyjmowano koncepcję swoistego podwójnego, lecz zintegrowanego postępowania, ponieważ „Państwa powinny być legitymowane do wyboru komplementarnych reakcji prawnych wobec społecznie nagannego zachowania (takiego jak naruszenie regulacji drogowych lub niepłacenie/unikanie podatków) poprzez różne procedury stanowiące spójną całość, aby odnieść się do różnych aspektów danego problemu społecznego, pod warunkiem, że takie zakumulowane reakcje prawne nie stanowią nadmiernego ciężaru dla jednostki, której dotyczą”²¹. Stąd np. ETPCZ akceptował ukaranie grzywną czy karą pozbawienia wolności za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości przy równoczesnym pozbawieniu uprawnień do kierowania pojazdami przez organ administracyjny, uznając, że stanowi to kompleksową reakcję na naruszenie²². Brak jednak wystarczającego pokrywania się postępowań w czasie oraz odrębne gromadzenie i ocena dowodów prowadzą do niemożności przyjęcia takiej konstrukcji²³. Nie oznacza to wszakże wymogu, aby odrębne postępowania były

¹⁸ Wyrok ETPCZ z dnia 18 maja 2017 r. w sprawie Jóhannesson i inni przeciwko Islandii, skarga nr 22007/11.

¹⁹ Wyrok ETPCZ z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie Alasippola przeciwko Finlandii, skarga nr 39771/12.

²⁰ Wyrok ETPCZ z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie Pirttimäki przeciwko Finlandii, skarga nr 35232/11.

²¹ Wyrok ETPCZ z dnia 15 listopada 2016 r. w sprawie A. i B. przeciwko Norwegii, skargi nr 24130/11 i 29758/11.

²² Zob. np. decyzję ETPCZ z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie R. T. przeciwko Szwajcarii, skarga nr 31982/96.

²³ Wyrok ETPCZ z dnia 18 maja 2017 r. w sprawie Jóhannesson i inni przeciwko Islandii, skarga nr 22007/11.

od początku do końca prowadzone równolegle²⁴. W wyroku Wielkiej Izby w sprawie A. i B. przeciwko Norwegii ETPCZ nie stwierdził naruszenia art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 w sytuacji ukarania za ten sam czyn dodatkowym zobowiązaniem podatkowym w wysokości 30% (uznanym za sankcję karną) przez organy podatkowe oraz karą roku pozbawienia wolności przez sąd karny uznając, że postępowania te były wystarczająco równoległe i zintegrowane aby stanowić jedną kompleksową reakcję na naruszenie prawa. Stwierdzenie naruszenia jest najłatwiejsze wtedy, kiedy drugie postępowanie zostało wszczęte dopiero po prawomocnym zakończeniu pierwszego²⁵.

Z kolei pojęcie „prawomocności” użyte w art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 należy interpretować jako posiadanie przymiotu *res iudicata*, co oznacza, że rozstrzygnięcie jest nieodwołalne, a więc nie podlega zaskarżeniu zwykłymi środkami, środki te zostały już wykorzystane lub upłynął termin do ich wniesienia²⁶.

Jeśli chodzi o art. 50 KPP, to należy na wstępie wskazać na wyrok Trybunału Sprawiedliwości (TS) w sprawie Åkerberg Fransson²⁷, gdzie uznano, że „Zasada *ne bis in idem* ujęta w art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nie stoi na przeszkodzie stosowaniu przez państwo członkowskie kolejno sankcji podatkowej i sankcji karnej za ten sam czyn polegający na niedopełnieniu obowiązku przekazania prawidłowych informacji dotyczących podatku od wartości dodanej, pod warunkiem, że pierwsza z tych sankcji nie ma charakteru karnego, co ustalić winien sąd krajowy”. W sprawie tej na osobę podającą niezgodne z prawdą przychody nałożono dodatkowe zobowiązanie podatkowe. Następnie została ona oskarżona o popełnienie przestępstw skarbowych. Sąd karny nabrał wątpliwości, czy możliwe jest prowadzenie postępowania karnego i ukaranie podatnika, skoro poniósł on wcześniej dolegliwość finansową w postaci nałożenia dodatkowego zobowiązania podatkowego. Trybunał podkreślił, że państwa członkowskie mają swobodę wyboru sankcji za naruszenia związane z odprowadzaniem podatku VAT. Mogą ustanowić zarówno sankcje administracyjne, jak i karne oraz łącznie oba te rodzaje sankcji, jeśli tylko w ten sposób kary za naruszenie będą skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Dopiero zaś w sytuacji, kiedy nałożona sankcja podatkowa ma charakter karny i jest ostateczna, zastosowanie znajduje zakaz z art. 50 KPP. Jeśli zaś sankcja jest określona przez prawo

²⁴ Wyrok ETPCZ z dnia 15 listopada 2016 r. w sprawie A. i B. przeciwko Norwegii, skargi nr 24130/11 i 29758/11.

²⁵ Zob. wyrok ETPCZ z dnia 16 czerwca 2016 r. w sprawie Tarasov przeciwko Ukrainie, skarga nr 44396/05. Jeśli w pierwszym postępowaniu zapadł wyrok uniewinniający, późniejsze nałożenie sankcji przez organ administracyjny może też naruszyć domniemanie niewinności. Zob. wyrok ETPCZ z dnia 30 kwietnia 2015 r. w sprawie Kapetanios i inni przeciwko Grecji, skargi nr 3453/12, 42941/12 i 9028/13.

²⁶ Wyrok ETPCZ z dnia 20 lipca 2004 r. w sprawie Nikitin przeciwko Rosji, skarga nr 50178/99.

²⁷ Wyrok TS (Wielka Izba) z dnia 26 lutego 2013 r., sprawa nr C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

krajowe, a nie unijne, oceny jej charakteru powinien dokonać sąd krajowy. Wcześniej TS uznał za dopuszczalne nałożenie za ten sam czyn sankcji przez organ unijny i władze amerykańskie z uwagi na różne cele prowadzonych postępowań i chronione interesy prawne²⁸.

Trybunał Sprawiedliwości zajmował się także zagadnieniem charakteru nałożonej sankcji w kontekście art. 50 KPP. W polskiej sprawie Bonda²⁹ uznał on, że „Artykuł 138 ust. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 1973/2004 z dnia 29 października 2004 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 1782/2003 w sprawie systemów wsparcia przewidzianych w tytułach IV i IVa tego rozporządzenia oraz wykorzystania gruntów zarezerwowanych do produkcji surowców należy interpretować w ten sposób, że środki przewidziane w akapitach drugim i trzecim tego przepisu, polegające na wykluczeniu rolnika z pomocy w roku, w którym złożył nieprawdziwe oświadczenie co do wielkości kwalifikującego się areалу, i na obniżeniu pomocy, do której byłby uprawniony w trzech kolejnych latach kalendarzowych, do kwoty, która odpowiada różnicy między arealem zadeklarowanym a wyznaczonym, nie stanowią sankcji o charakterze karnym”. W sprawie tej złożono nieprawdziwe oświadczenie co do wielkości posiadanych gruntów rolnych, skutkiem czego organ administracji odmówił przyznania płatności obszarowej oraz nałożył sankcję w postaci utraty uprawnień do jednolitej płatności obszarowej w wysokości kwoty odpowiadającej różnicy między powierzchnią rzeczywistą a zadeklarowaną w trzech kolejnych latach następujących po roku, w którym nastąpiło złożenie nieprawdziwego oświadczenia. Następnie zaś wszczęto przeciwko wnioskodawcy postępowanie karne o czyn z art. 297 k.k. Sąd I instancji wydał wyrok skazujący, natomiast sąd odwoławczy uchylił wyrok i umorzył postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. z uwagi na nałożoną wcześniej sankcję administracyjną. Rozpoznając kasację Sąd Najwyższy uznał, że podstawa umorzenia jest błędna, a mógłby ją stanowić jedynie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. interpretowany w świetle art. 4 ust. 1 protokołu nr 7, jeśli przyjąć, że sankcja nałożona na podstawie art. 138 ust. 1 rozporządzenia nr 1973/2004 ma charakter karny.

Dokonując analizy problemu sformułowanego w pytaniu prejudycjalnym, TS przypomniał, że we wcześniejszych orzeczeniach wyraził już pogląd, że sankcje ustanowione w uregulowaniach wspólnej polityki rolnej, takie jak czasowe wykluczenie podmiotu gospodarczego z systemu pomocy, nie mają charakteru karnego. W realiach rozpatrywanej sprawy nie pojawiło się zaś nic, co skłaniałoby do przyjęcia odmiennego poglądu. Odwołując się do kryteriów przyjętych w orzecznictwie ETPCZ, TS wskazał, że sankcje nakładane na podstawie rozporządzenia nr 1973/2004 są uważane w prawie Unii za

²⁸ Wyrok TS z dnia 27 września 2006 r., sprawa T-322/01, ECLI:EU:T:2006:267.

²⁹ Wyrok TS (Wielka Izba) z dnia 5 czerwca 2012 r., sprawa nr C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319.

administracyjne, co wynika przede wszystkim z art. 1 rozporządzenia nr 2988/95, ustalającego wspólne zasady prawne we wszystkich obszarach polityki Wspólnot. W tej sytuacji zaś ocena ich charakteru powinna być dokonywana właśnie w świetle prawa unijnego, analogicznie jak oceny środków przewidzianych przez prawo krajowe danego państwa dokonuje się w świetle tego prawa. Następnie zauważono, że „środki przewidziane w art. 138 ust. 1 akapity drugi i trzeci rozporządzenia nr 1973/2004 mają być stosowane tylko do podmiotów gospodarczych, które korzystają z systemu pomocy ustanowionego w tym rozporządzeniu, oraz że cel tych środków nie jest represyjny, lecz polega co do istoty na ochronie zarządzania funduszami Unii poprzez czasowe wykluczenie beneficjenta, który złożył nieprawdziwe oświadczenia w swoim wniosku o przyznanie pomocy”. TS uznał zatem, że cel środków jest prewencyjny, nie represyjny, co wzmocnił dodatkowo argumentem podniesionym przez Rzecznika Generalnego³⁰, że jeśli rolnik nie złoży wniosku w kolejnych latach, nie poniesie żadnych negatywnych konsekwencji sankcji. Odnosząc się zaś do kryterium trzeciego TS przyjął, że jedynym skutkiem sankcji przewidzianych w art. 138 ust. 1 rozporządzenia nr 1973/2004 jest pozbawienie rolnika możliwości uzyskania pomocy. Te argumenty skłoniły TS do uznania, że analizowana sankcja nie ma charakteru karnego. Niekiedy zresztą unijne akty prawne wprost podkreślają, że nałożone na ich podstawie sankcje nie mają charakteru karnego, czego przykładem jest art. 23 ust. 5 Rozporządzenia 1/2003³¹ w odniesieniu do kar przewidzianych w ust. 1 i 2 tego artykułu. Deklaracje te jednak trudno uznać za przekonujące w sytuacjach, kiedy możliwe jest nałożenie dotkliwej i w istocie represyjnej sankcji na osobę fizyczną.

Parę słów trzeba poświęcić rozważaniom TS co do pojęcia *idem*. W kontekście art. 54 Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen³² stoi on na stanowisku, że pojęcie czynu należy rozpatrywać w znaczeniu ontologicznym, a nie prawnym. Zatem to oparcie rozstrzygnięcia na tych samych faktach będzie decydować o tożsamości czynu, a nie jego kwalifikacja praw-

³⁰ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 15 grudnia 2011 r., ECLI:EU:C:2011:845.

³¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE nr L 1 z dnia 4 stycznia 2013 r.

³² Dz. Urz. UE 2000, L 239 z dnia 22 września 2000 r. Zgodnie z tym przepisem „Osoba, której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na obszarze jednej Umawiającej się Strony, nie może być ścigana na obszarze innej Umawiającej się Strony za ten sam czyn, pod warunkiem że została nałożona i wykonana kara lub jest ona w trakcie wykonywania, lub nie może być już wykonana na mocy przepisów prawnych skazującej Umawiającej się Strony”.

na³³. Również w sprawie Åkerberg Fransson TS zajął w tej kwestii takie samo stanowisko, jak wyrażane w najnowszych orzeczeniach przez ETPCZ.

Jedną z cech odróżniających sankcje administracyjne od karnych jest to, że pierwsze mogą być nakładane na osoby fizyczne, prawne i inne podmioty, odpowiedzialność karna dotyczy zaś tradycyjnie osób fizycznych³⁴. Jeśli zatem nie zachodzi tożsamość podmiotu ukaranego administracyjnie i karne, zakaz *ne bis in idem* nie zostaje naruszony z uwagi na brak *idem*. Zagadnieniem tym zajął się TS w połączonych sprawach Orsi i Baldetti³⁵, uznając, że „Artykuł 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on obowiązywaniu przepisu krajowego takiego jak będący przedmiotem postępowania głównego, który umożliwia prowadzenie postępowań karnych w związku z niezapłaceniem podatku od wartości dodanej, jeżeli za te same czyny nałożona została ostateczna sankcja podatkowa, w sytuacji gdy sankcja ta została nałożona na spółkę posiadającą osobowość prawną, a wskazane postępowania karne zostały wszczęte przeciwko osobie fizycznej”.

Na marginesie można wskazać, że nałożenie sankcji administracyjnej przez UE nie stoi na przeszkodzie nałożeniu tego typu sankcji przez organy krajowe, pod warunkiem wszakże, że nałożona wcześniej sankcja zostanie uwzględniona podczas nakładania drugiej³⁶.

Odnosząc powyższe rozważania do polskich realiów jako pierwszą można przeanalizować sytuację, gdy prawomocnie została nałożona sankcja administracyjna, a organ procesowy prowadzi postępowanie karne co do tego samego czynu lub rozważa jego wszczęcie. Jeśli nałożona sankcja ma w istocie charakter karny, należy rozważyć, czy dodatkowe orzeczenie kary lub środków karnych nie naruszałoby zakazu *ne bis in idem* z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7. W razie odpowiedzi pozytywnej wymierzenie kary lub środka karnego należy uznać za niedopuszczalne. Powstaje pytanie o podstawę takiego rozstrzygnięcia. Wchodzą tu w grę dwie możliwości: szeroka wykładnia pojęcia „postępowanie karne” i posłużenie się art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. albo przyjęcie, że wynikający z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do EKPCZ zakaz *ne bis in idem* stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., podobną do okoliczności z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., acz powstającą w innej konfiguracji procesowej. Przeciwno pierwszej kon-

³³ Zob. w szczególności wyrok z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie Van Esbroeck, sprawa nr C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165, gdzie uznano, że „decydujące kryterium dla celów zastosowania tego przepisu KWUS stanowi kryterium tożsamości zdarzenia, rozumianego jako istnienie całości, na którą składają się nierozdzielnie ze sobą związane zachowania, niezależnie od kwalifikacji prawnej tych zachowań lub chronionego interesu prawnego”. Szerzej na ten temat A. Sakowicz, Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym, Białystok 2011, s. 341–361.

³⁴ Pomijam tu problem odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych.

³⁵ Wyrok TS z dnia 5 kwietnia 2017 r., sprawy nr C-217/15 i C-350/15, ECLI:EU:C:2017:264.

³⁶ Zob. wyrok TS z dnia 26 września 2002 r., sprawa nr T-199/99, ECLI:EU:T:2002:228.

cepcji może przemawiać to, że pojęcie „postępowania karnego” ma w systemie prawa polskiego określone, precyzyjne znaczenie i nawet jeśli w postępowaniu administracyjnym dochodzi do orzeczenia sankcji w istocie karnej, to postępowanie to nie nabiera charakteru postępowania karnego³⁷. Przekonującym kontrargumentem jest wszakże istota przeszkody, wynikająca bez wątpienia z zakazu *ne bis in idem*, analogicznie jak w przypadku zakończonego wcześniej postępowania karnego³⁸.

Sankcja za dany czyn, która nie ma charakteru karnej, nie stanowi przeszkody dla wszczęcia i prowadzenia powstania karnego. Można wszakże zadać pytanie, czy należy ją wziąć pod uwagę przy orzekaniu kary lub środków karnych. Artykuł 53 k.k. zawierający dyrektywy sądowego wymiaru kary nie wspomina *expressis verbis* o sankcjach nałożonych w innym postępowaniu. Przepis ten stosuje się odpowiednio do orzekania o innych środkach, w tym zwłaszcza środkach karnych (art. 56 k.p.k.). Mając wszakże na względzie, że katalog okoliczności z art. 53 k.k. nie jest zamknięty, nic nie stoi na przeszkodzie, aby sąd podczas wyrokowania wziął pod uwagę nałożoną wcześniej prawomocnie za dany czyn sankcję administracyjną.

Jeśli chodzi o wpływ orzeczonej prawomocnie sankcji karnej na rozstrzygnięcie w postępowaniu administracyjnym, to należy wskazać, że niedawno dokonaną nowelizacją k.p.a.³⁹ wprowadzono do tego kodeksu dział IVa, regulujący nakładanie kar pieniężnych. W myśl art. 189d pkt 3 k.p.a. wymierzając administracyjną karę pieniężną organ administracji publicznej bierze pod uwagę także uprzednie ukaranie za to samo zachowanie za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe. Prawomocne ukaranie za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe jest także przesłanką odstąpienia od wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej za to samo zachowanie i poprzestania na pouczeniu, pod warunkiem że uprzednia kara spełnia cele, dla których mia-

³⁷ Por. postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 40/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 22, w którym uznano, że „wcześniejsze zakończenie innego postępowania niż postępowanie karne, choćby co do tego samego czynu tej samej osoby, nie wywołuje skutku w postaci stanu rzeczy osądzonej (*rei iudicatae*), o którym mowa w art. 17 § 1 pkt 7 KPK”.

³⁸ Por. postanowienie SN z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 179/10, Legalis nr 291911, w którym wyrażono pogląd, że „Przepis art. 17 § 1 pkt 7 KPK musi być jednak interpretowany w powiązaniu z art. 4 wiążącego Polskę Protokołu dodatkowego do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz), statuującego zakaz ponownego sądenia lub karania. Ten z kolei przepis musi uwzględniać wykładnię art. 6 ust. 1 EKPCz w zakresie interpretacji pojęcia „sprawa karna”. Również w swoim stanowisku w rozpoznawanej przez TK sprawie P 29/09 Prokurator Generalny wyraził pogląd, że uprzednie wymierzenie za określony czyn opłaty dodatkowej powinno być traktowane jako „stan przypominający powagę rzeczy osądzonej i stanowić negatywną przesłankę procesową”. Zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09, OTK Seria A 2010, nr 9, poz. 104.

³⁹ Ustawa o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 7 kwietnia 2017 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 935.

łaby być nałożona administracyjna kara pieniężna (art. 189f § 1 pkt 2 k.p.a.). Jeśli zatem grożąca sankcja administracyjna miałaby w istocie charakter karny, w sytuacji wcześniejszego prawomocnego ukarania za przestępstwo lub wykroczenie należałoby odstąpić od jej wymierzenia z uwagi na zakaz *ne bis in idem*. W niektórych ustawach wprowadzono zresztą już wcześniej eliminację możliwości podwójnego ukarania. Dla przykładu art. 112b ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁴⁰ przewiduje wyłączenie w zakresie ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego w stosunku do osób fizycznych, które za ten sam czyn ponoszą odpowiedzialność za wykroczenie skarbowe albo za przestępstwo skarbowe⁴¹.

Podsumowując powyższe rozważania można stwierdzić, że w ostatnich latach znacznie wzrosła liczba orzeczeń wydawanych przez ETPCZ w analizowanej materii. Orzeczenia te jednak nie zawsze są spójne ze sobą⁴², trudno zatem niekiedy przewidzieć rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie. Z jednej strony należy odnotować potraktowanie dodatkowych zobowiązań podatkowych jako sankcji karnych, z drugiej przyjęcie koncepcji dwutorowej kompleksowej reakcji na naruszenie. Najłatwiejsze jest bez wątpienia ustalenie, czy dana sankcja ma charakter administracyjny czy karny od strony formalnej, natomiast analiza jej istoty i konsekwencji zbiegu z przepisami prawa karnego może prowadzić do różnych konkluzji. Kryteria rozróżnienia są bowiem bardzo nieostre. Do chwili obecnej ETPCZ nie rozpoznał merytorycznie żadnej skargi z Polski, która zarzucałaby naruszenie art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 w analizowanym obszarze. Polskie regulacje i praktyka nie zostały zatem poddane ocenie z punktu widzenia standardów strasburskich, co oczywiście nie oznacza, że nie mogą one nasuwać wątpliwości w zakresie zgodności z zakazem *ne bis in idem*⁴³. Kilukrotnie zostały one zresztą zakwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny⁴⁴. Uznał on między innymi

⁴⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 710 ze zm.

⁴¹ Podobne podejście można odnaleźć także w uchwale składu 7 sędziów NSA z dnia 16 października 2006 r., sygn. I FPS 2/06, Legalis nr 78707, gdzie uznano, że „Przepis art. 27 ust. 6 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) nie może stanowić podstawy do ustalenia osobie fizycznej dodatkowego zobowiązania podatkowego w sytuacji, gdy grozi jej odpowiedzialność za przestępstwo skarbowe”.

⁴² Na problem ten zwraca uwagę także S. Trechsel. Zob. tego autora *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2006, s. 394–396.

⁴³ Zob. np. krytyczne uwagi co do możliwości podwójnego ukarania w przypadku zmowy przetargowej podniesione w opracowaniu A. Ziembary, *Odpowiedzialność karna i administracyjna za udział w zмовie przetargowej – możliwość podwójnego ukarania*, (w:) M. Bła-chucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015, s. 94–109.

⁴⁴ Zob. B. Nita, *Zakaz podwójnego karania w ujęciu konstytucyjnym*, *Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego* 2011, nr 2, s. 10–20 oraz A. Wróbel, *Odpowiedzialność administracyjna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (na przykładzie administracyjnych kar*

za niekonstytucyjne przepisy umożliwiające wymierzenie za ten sam czyn opłaty dodatkowej na podstawie ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych oraz ukaranie za przestępstwo albo wykroczenie⁴⁵, a także przepisy umożliwiające nałożenie za ten sam czyn dodatkowego zobowiązania podatkowego oraz ukaranie za wykroczenie skarbowe lub przestępstwo skarbowe⁴⁶. Niekonstytucyjności nie stwierdzono z kolei m.in. w przypadku zbiegu sankcji administracyjnej zatrzymania prawa jazdy i ukarania za wykroczenie⁴⁷ oraz ukarania za ten sam czyn na podstawie przepisów prawa karnego i prawa wykroczeń⁴⁸.

Natomiast TS nie wydaje się skłonny do uznania sankcji przewidzianych w prawie unijnym za mające charakter karny, co najprawdopodobniej musiałoby się wiązać ze stwierdzeniem braku kompetencji UE do ich ustanowienia.

Administrative and legal sanctions versus prohibition of punishing the same offence twice in the light of most recent decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice (CJ)

Abstract

This paper examines the applicability of the ne bis in idem prohibition in the event of the concurrence of administrative and criminal sanctions. The problem of defining an actual nature of administrative sanctions and sameness of an act, as well as consequences of acknowledging a penal nature of

pieniężnych, Europejski Przegląd Sądowy 2014, nr 9, s. 33–40. Jak trafnie podkreśla A. Wróbel, koncepcja prawa represyjnego wynikająca z orzecznictwa TK nie jest spójna.

⁴⁵ Wyrok TK z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09, OTK Seria A 2010, nr 9, poz. 104.

⁴⁶ Wyrok TK z dnia 4 września 2007 r., sygn. P 43/06, OTK Seria A 2007, nr 8, poz. 95; wyrok TK z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, OTK 1998, nr 3, poz. 30. W wyroku z 1998 r. TK wskazał, że „Stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn sankcji administracyjnej, określonej przez zaskarżoną ustawę jako „dodatkowe zobowiązanie podatkowe” i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe w postępowaniu przed finansowymi organami orzekającymi, narusza zasadę państwa prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP. Kumulowanie odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe stanowi bowiem wyraz nadmiernego fiskalizmu i nie uwzględnia w żadnym stopniu interesu podatnika, który poniósł wskazaną karę administracyjną”.

⁴⁷ Wyrok TK z dnia 11 października 2016 r., sygn. K 24/15, OTK Seria A 2016, poz. 77.

⁴⁸ Wyrok TK z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. K 45/14, OTK Seria A 2016, poz. 99.

an administrative sanction are presented on the basis of the decisions issued by the ECtHR and the CJ.

Julia Kosonoga-Zygmunt

Podobieństwo przestępstw jako przesłanka recydywy jurydycznej w prawie polskim na tle rozwiązań państw obcych

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problematyka podobieństwa przestępstw jako przesłanki recydywy jurydycznej w prawie polskim na tle rozwiązań państw obcych. Analizie poddano kryteria podobieństwa przestępstw na gruncie polskich kodyfikacji karnych poczynając od Kodeksu karnego z 1932 r. Odważnym wątkiem stanowiła ocena tego, czy obce ustawodawstwa karne odwołują się do relacji podobieństwa między kolejnymi przestępstwami tego samego sprawcy. W tym celu zbadano rozwiązania dotyczące recydywy obowiązujące w Austrii, Belgii, Francji, Hiszpanii, Portugalii oraz we Włoszech. Przeprowadzona analiza pozwoliła na sformułowanie spostrzeżeń co do specyfiki rozwiązań przyjętych w ustawodawstwie polskim.

I. Podobieństwo przestępstw w systemie polskiego prawa karnego

Problematyka podobieństwa przestępstw należy do zagadnień, które niezmiennie budzą duże zainteresowanie przedstawicieli doktryny¹, jak i judykatury. Podobieństwo przestępstw zostało ustawowo zdefiniowane w art. 115 § 3 k.k. i aktualnie kategoria ta współtworzy kilka instytucji Części ogólnej Kodeksu karnego. Popęlnienie umyślnego przestępstwa podobnego do przestępstwa, za które sprawca był już uprzednio skazany, stanowi jedną z przesłanek instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary, jaką jest recydywa specjalna podstawowa z art. 64 § 1 k.k. Ponadto, podobieństwo przestępstw współokreśla recydywę specjalną wielokrotną z art. 64 § 2 k.k. Trafnie zauważa się, że co prawda w tym ostatnim przepisie nie użyto wprost wyrażenia „przestępstwo podobne”, jednakże mowa w nim o sprawcy uprzednio skazanym w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k., co oznacza, że bez popełnienia przez sprawcę umyślnego przestępstwa podobnego do przestępstwa, za które był on już skazany, nie może być mowy o zaistnieniu multirecydywy². Poza tym popełnienie przez skazanego w okresie próby podobne-

¹ Doczekała się ona także opracowania monograficznego, zob. P. Daniluk, *Przestępstwa podobne w polskim prawie karnym*, Warszawa 2013 i powołana tam literatura.

² *Ibidem*.

go przestępstwa umyślnego stanowi jedną z przesłanek unormowanego w art. 75 § 1 k.k. obligatoryjnego zarządzenia wykonania orzeczonej kary. Wreszcie ta kategoria kodeksowa ma znaczenie przy uznaniu za wykonany środka karnego orzeczonego dożywotnio (art. 84 § 2a k.k.) – przy dokonywaniu oceny, że nie zachodzi obawa ponownego popełnienia przestępstwa podobnego do tego, za które orzeczono środek karny.

Powołane regulacje stwarzają podstawę prawną do surowszego potraktowania sprawcy powracającego do przestępstwa. W przypadku stwierdzenia recydywy specjalnej podstawowej sąd może wymierzyć karę za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Z kolei w stosunku do multirecydywisty sąd jest zobligowany wymierzyć karę pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Oznacza to, że kara wymierzona takiemu sprawcy musi przekraczać co najmniej o miesiąc dolną granicę ustawowego zagrożenia³. Trafnie zauważa się przy tym, że obowiązek ten obejmuje nie tylko występki, ale i zbrodnie, gdyż wyłączenie, o którym mowa w art. 64 § 3 k.k., nie dotyczy nadzwyczajnego obostrzenia w ogóle, lecz jedynie podstawy do wyjścia przy wymiarze kary ponad górną granicę ustawowego zagrożenia⁴. Podobnie natomiast jak w przypadku recydywy specjalnej podstawowej multirecydywa stwarza podstawę do wymierzenia sprawcy kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. O tym, czy sąd skorzysta z możliwości obostrzenia górnej granicy kary, decydują dyrektywy sądowego wymiaru kary, określone w art. 53 k.k. Nadzwyczajne obostrzenie kary przewidziane w art. 64 § 1 k.k. odnosi się do każdej wymierzonej kary, natomiast nadzwyczajne obostrzenie kary przewidziane w art. 64 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do kary pozbawienia wolności. Nie dotyczy natomiast innych kar, w szczególności grzywny kumulatywnej⁵. W literaturze zwraca się także uwagę na represyjność unormowania przewidzianego w art. 75 § 1 k.k. Trafnie podnosi się, że nie każde, popełnione w okresie próby, podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności powinno automatycznie skutkować zarządzeniem wykonania kary (np. popełnienie przestępstwa w warunkach przekroczenia granic obrony koniecznej lub w innych okolicznościach usprawiedliwiających zachowanie skazanego takich jak poczucie pokrzywdzenia czy prowokacja)⁶. Należy przy tym odno-

³ Tak w wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 października 2000 r., sygn. II AKa 269/00, OSA 2001, nr 3, poz. 15.

⁴ J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 53–116, Warszawa 2016, s. 253; tak również w wyrok SA w Lublinie z dnia 5 maja 2015 r., sygn. II AKa 79/15, Legalis, nr 1284953.

⁵ Tak trafnie J. Majewski, *ibidem*, s. 234; por. także wyrok SA w Łodzi z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. II AKa 297/14, Lex, nr 1814775.

⁶ P. Daniluk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 102; tenże, *Konstytucyjne prawa do sądu oraz do obrony a obligatoryjne zarządzenie wykonania kary*, *Ius Novum* 2011, nr 2,

tować, że zarzut „niesprawiedliwości automatycznego zarządzenia wykonania kary” częściowo stracił na aktualności w wyniku zmiany art. 75 § 1 k.k. wprowadzonej w drodze nowelizacji kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.⁷ Wreszcie w świetle art. 84 § 2a k.k. już samo zaistnienie obawy ponownego popełnienia przestępstwa podobnego do tego, za które orzeczono dożywotnio środek karny uniemożliwia uznanie tego środka za wykonany.

II. Funkcje podobieństwa przestępstw

Jak podnosi się w literaturze odwoływanie się w prawie karnym do konstrukcji podobieństwa przestępstw stanowi wyraz tendencji cechującej się: odmiennym traktowaniem sprawcy i przestępstwa popełnionego przez niego po wcześniejszym skazaniu za inne przestępstwo, niż sprawcy i przestępstwa popełnionego po raz pierwszy; doszukiwaniem się związków zachodzących między popełnionymi przez tego samego sprawcę przestępstwami – uprzednim i ponownym oraz ujmowaniem ich w pewnej łączności, jak również wnioskowaniem ze stwierdzonych związków między takimi przestępstwami co do osoby ich sprawcy⁸.

Podstawowym zadaniem kryterium podobieństwa przestępstw jest rozpoznanie „recydywy rzeczywistej” („nieprzypadkowej”) i odrzucenie „recydywy pozornej” („przypadkowej”). Innymi słowy chodzi o ustalenie, czy powrót do przestępstwa ma charakter epizodyczny i nie jest związany z trwałym zagrożeniem dla porządku prawnego, czy też przeciwnie – jest wyrazem stałej tendencji sprawcy do popełniania przestępstw i jego niebezpieczeństwa dla społeczeństwa⁹. Funkcja ta została zaakceptowana także na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego. Jak wynika z rządowego uzasadnienia projektu kodeksu, przyjęte określenie przestępstwa podobnego ma „w większym stopniu od dotychczasowego wskazywać na trwałość negatywnie ocenianej postawy sprawcy kolejnych przestępstw”¹⁰.

s. 51 i n.; tenże, Zarządzenie wykonania kary, (w:) P. Daniluk, P. Radziejewicz, Aktualne problemy konstytucyjne w świetle wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2010, s. 574.

⁷ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396. Na skutek wyroku TK z dnia 17 lipca 2013 r. (sygn. SK 9/10, OTK-A 2013, nr 6, poz. 79) ustawodawca wyraźnie wskazał, że podstawą do obligatoryjnego zarządzenia wykonania zawieszony kary na podstawie art. 75 § 1 k.k. jest prawomocne skazanie za przestępstwo umyślne podobne do poprzedniego, na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

⁸ P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 416.

⁹ Tak m.in. B. Janiszewski, Recydywa wielokrotna w prawie karnym. Zagadnienia nadzwyczajnego wymiaru kary, Warszawa/Poznań 1992, s. 157; P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 96–97.

¹⁰ Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 158 i n.

Trafnie zauważa się, że przesłanka podobieństwa przestępstw odgrywa szczególne znaczenie w przypadku pierwszego powrotu do przestępstwa, przy którym zachodzi większe prawdopodobieństwo jego przypadkowości. Stąd też konieczność ściślejszego dociekania, czy nowe przestępstwo ma charakter epizodyczny¹¹.

W doktrynie podkreśla się także, że poszukiwanie podobieństwa przestępstw łączy się z chęcią ustalenia czynników diagnostycznych co do osoby sprawcy, z określeniem konkretnej prognozy kryminalnej, a w końcu z prewencyjnymi celami kary¹². Już na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu karnego wyrażono pogląd, iż dopuszczenie się przestępstwa podobnego stanowi jak gdyby ustawową presumpcję zwiększonego niebezpieczeństwa sprawcy i powoduje odrębne, surowsze potraktowanie go przez prawo. Pojęcie przestępstw podobnych wiąże się ze sprawcą, z jego osobowością. Ma tę osobowość lepiej charakteryzować, wskazując na uporczywość w powtarzaniu podobnych zachowań antyspołecznych¹³. Ustawowe określenie podobieństwa ma także pomagać w formułowaniu prognozy kryminologicznej co do sprawcy czynu zabronionego. Popelnienie przestępstwa podobnego stanowi w istocie dowód negatywnej prognozy kryminologicznej¹⁴. Dla ustalenia tej prognozy ważne są postawy sprawcy, których trwałość wyraża się powtarzającym się zachowaniem¹⁵. Wątpliwości wywołuje jednak pogląd, zgodnie z którym popelnienie przestępstwa podobnego do tego, za które sprawca był już skazany, świadczy o niepowodzeniu przeprowadzonego procesu resocjalizacyjnego i dowodzi trwałości negatywnych postaw wobec określonych wartości stanowiących dobra prawne¹⁶. Trafnie zauważa się, że należy tu raczej mówić nie o dowodzie, lecz o domniemaniu prawnym dopuszczającym przeciwdowód. Sprawca ponownego, podobnego przestępstwa mógł wcześniej nie być poddawany procesowi resocjalizacyjnemu albo uprzednio stosowane wobec niego „środki oddziaływania resocjalizacyjnego” z jakiś powodów działały na niego demoralizująco¹⁷.

Ustawowe określenie pojęcia przestępstw podobnych wpływa jednak przede wszystkim na stopień represyjności prawa karnego wobec przestęp-

¹¹ B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna...*, *op. cit.*, s. 157.

¹² B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy specjalnej w przyszłym kodeksie karnym*, RPEiS 1997, nr 1, s. 20.

¹³ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 118 i n.

¹⁴ Zob. A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2000, s. 626; podobnie W. Zalewski, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 436–437.

¹⁵ A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 626.

¹⁶ Tak jednak A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 624.

¹⁷ A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II (art. 32–116), Gdańsk 2001, s. 376.

czości powrotnej. Im szerzej ujmuje się podobieństwo przestępstw, tym większa grupa sprawców powrotnych kwalifikuje się do objęcia ich obostrzeniami wynikającymi z recydywy. Z kolei zawężenie pojęcia przestępstw podobnych redukuje liczbę sprawców powracających do przestępstwa, których mogą dotknąć takie skutki¹⁸.

W doktrynie ocena zasadności odwoływania się do instytucji przestępstw podobnych nie przedstawia się jednoznacznie. Podnosi się, że jurystyczne kryteria podobieństwa przestępstw bywają zawodnym wskaźnikiem z punktu widzenia kryminologicznego dla ustalenia antyspołecznej postawy sprawcy powrotnego¹⁹. Twierdzi się również, że dokonywanie trafnych ocen co do osoby sprawcy powrotnego wymaga badania wielu różnorodnych okoliczności, których nie sposób skatalogować, gdyż mogą występować *a casu ad casum*²⁰. *De lege ferenda* sformułowano nawet postulat oparcia recydywy specjalnej podstawowej nie na podobieństwie, lecz na samej umyślności tworzących ją przestępstw. W ocenie zwolenników tego postulatu byłoby to wystarczające z punktu widzenia celów kary i stwarzało sądowi lepszą oraz szerszą płaszczyznę dla ewentualnego ustalenia rzeczywistego, kryminologicznego podobieństwa przestępstw²¹.

Postulat oparcia recydywy specjalnej podstawowej na samej umyślności kolejnych przestępstw wydaje się jednak zbyt daleko idący. Istotnie, złożony charakter zjawiska recydywy powoduje, iż każde normatywne kryterium recydywy specjalnej cechuje się schematycznością. Jednocześnie słabą stroną każdego ustawowego modelu recydywy specjalnej jest odniesienie go również do pewnej grupy sprawców, którzy na to nie zasługują²². Potrzebę posługiwania się tak, czy inaczej ujętymi kryteriami podobieństwa przestępstw można przede wszystkim uzasadniać funkcją gwarancyjną prawa karnego²³. Trafnie zauważa M. Cieślak, że schematyzm stanowi nieodłączną właściwość prawa w ogóle, która jest niezbędna dla zapewnienia „niebagatelnej wartości społecznej, której na imię legalizm oraz związanych z nią względów bezpieczeństwa, pewności i stałości. Gdyby prawo nastawione

¹⁸ Tak trafnie P. Daniłuk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 108.

¹⁹ Zob. A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, *op. cit.*, s. 376; D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 118 i n.; B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna...*, *op. cit.*, s. 11 i n.

²⁰ Tak P. Daniłuk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 415.

²¹ B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy specjalnej w przyszłym kodeksie karnym*, RPEiS 1997, nr 1, s. 20; w nowszej literaturze postulat taki zgłosił P. Daniłuk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 424 i n. Pod rządą kodeksu karnego z 1932 r. także S. Pławski proponował odrzucenie ograniczenia recydywy tylko do przestępstw tego samego rodzaju i z tych samych motywów co poprzednie, zob. S. Pławski, *Recydywa*, Warszawa 1966, s. 137.

²² J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoł (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 229.

²³ Odmienne P. Daniłuk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 429.

zostało na pojęcie nie recydywy, ale recydywizmu, jako stanu sprawcy, to i wtedy wymaganie legalizmu musiałoby doprowadzić do stworzenia formalnego schematu w postaci określenia, kogo uważa się za recydywistę²⁴. Wydaje się także, że ograniczenie recydywy do określonej grupy przestępstw jest instrumentem służącym wyeliminowaniu recydywy przypadkowej i ustaleniu recydywy rzeczywistej. Nawet zwolennicy koncepcji recydywy generalnej przyznają, że jeśli nie ograniczy się recydywy do określonej grupy przestępstw, to ryzykuje się zbyt szerokie jej pojmowanie, co „w praktyce może doprowadzić do stępienia ostrza represji karnej tam, gdzie to ostrze represji powinno godzić w prawdziwych przestępców”²⁵.

III. Podobieństwo przestępstw jako przesłanka recydywy w polskim ustawodawstwie karnym.

Porównanie cech przestępstwa uprzedniego i ponownego stanowiło przesłankę recydywy na gruncie kolejnych polskich kodyfikacji karnych. Kodeks karny z 1932 r.²⁶ nie znał co prawda pojęcia przestępstwa podobnego, ale podstawę ustalania recydywy specjalnej stanowiło popełnienie przestępstwa tego samego rodzaju lub z tych samych pobudek²⁷. Jeżeli sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu kary w kraju lub zagranicą, w całości lub przynajmniej w trzeciej części, albo w ciągu 5 lat po uwolnieniu z zakładu zabezpie-

²⁴ M. Cieślak, Recydywa w obowiązującym polskim prawie karnym, SKKiP 1977, t. 6, s. 11.

²⁵ Tak S. Pławski, Recydywa..., *op. cit.*, s. 139.

²⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Kodeks karny z dnia 11 lipca 1932 r., Dz. U. Nr 60, poz. 571.

²⁷ Szerzej na ten temat zob. m.in.: J. Aker, Przyczynek do pojęcia recydywy i zatarcia skazania, Gaz. Sąd. Warsz. 1936, nr 29–30; K. Daszkiewicz, Przestępstwa popełnione z tych samych pobudek i przestępstwa tego samego rodzaju, NP 1962, nr 7–8; H. Popławski, Z. Zbiciński, Recydywa w polskim prawie karnym, WPP 1962, nr 2; M. Szerer, Termin „chęć zysku” i „korzyść majątkowa” w doktrynie i orzecznictwie sądowym, PiP 1964, nr 10; S. Pławski, Recydywa, Warszawa 1966; A. Tobis, Pobudki przestępczego działania recydywisty, RPEiS 1965, nr 2; A. Kabat, Tożsamość rodzajowa przestępstw i jej kryteria, Palestra 1967, nr 12; D. Pleńska, Zagadnienia recydywy w prawie karnym, Warszawa 1974 oraz następujące judykaty: postanowienie SN z dnia 21 stycznia 1939 r., sygn. 3 K. 1024/38, Zb. Orz. 1939, nr III, poz. 52; wyrok SN – Izba Karna z dnia 18 stycznia 1954 r., sygn. III K 844/53, OSNCK 1954, nr 3, poz. 52; postanowienie SN z dnia 24 marca 1961 r., sygn. II KZ 56/61, RPEiS 1961, nr 4, s. 303; uchwała Składu Siedmiu Sędziów SN – Izba Karna z dnia 14 września 1961 r., sygn. VI KO 9/61, OSNK 1962, nr 1, poz. 2; wyrok Składu Siedmiu Sędziów SN – Izba Karna z dnia 4 października 1962 r., sygn. V K 910/61, OSNKW 1963, nr 7–8, poz. 121; wyrok SN z dnia 11 października 1962 r., sygn. V K 190/62, NP 1963, nr 2, s. 213; uchwała SN – Izba Karna z dnia 4 lutego 1965 r., sygn. VI KO 52/64, OSNKW 1965, nr 10, poz. 113; wyrok SN z dnia 6 stycznia 1966 r., sygn. IV KR 195/65, OSP 1966, nr 7–8, poz. 187; wyrok SN z dnia 30 maja 1966 r., sygn. IV KR 15/66, OSP 1967, nr 3, poz. 77; uchwała SN z dnia 7 marca 1968 r., sygn. VI KZP 9/67, OSNKW 1968, nr 5, poz. 51.

czającego, popełnił nowe przestępstwo z tych samych pobudek lub należące do tego samego rodzaju, co poprzednie, sąd mógł wymierzyć karę wyższą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary, nie przekraczając jednak ustawowej granicy danego rodzaju kary. Jeżeli ustawa dawała sądowi możliwość wyboru między karą więzienia a karą aresztu, nie można było wymierzyć kary aresztu (art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.).

Z kolei w Kodeksie karnym z 1969 r.²⁸ sformułowano bardzo rozbudowaną definicję legalną przestępstw podobnych²⁹. Podobieństwo przestępstw stanowiło przesłankę recydywy ogólnej (art. 52 k.k. z 1969 r.) i szczególnej (art. 60 k.k. z 1969 r.). Trafnie zauważono, że szeroka formuła kodeksowa podobieństwa wpisywała się w represyjne podejście do problemu recydywy³⁰. Zgodnie z art. 120 § 2 k.k. z 1969 r. przez przestępstwa podobne rozumiano przestępstwa skierowane przeciwko temu samemu lub zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem, a także przestępstwa popełnione z takich samych pobudek. Ponadto uznano, iż przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej mają charakter przestępstw podobnych. Wprowadzono tym samym trzy niezależne od siebie kryteria ustalania podobieństwa między przestępstwami:

²⁸ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm.

²⁹ Szerzej na temat podobieństwa przestępstw na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. zob. m.in.: K. Daszkiewicz, Recydywa w projekcie k.k. z 1968 r., PiP 1968, nr 8–9; J. Szwach, Glosa do wyroku SN z dnia 22 lutego 1968 r., sygn. V KRN 16/68, NP 1969, nr 1, s. 162 i n.; A. Krukowski, Glosa do wyroku SN z dnia 22 lutego 1968 r., sygn. V KRN 16/68, PiP 1969, nr 4–5; I. Andrejew, O „podobieństwie” przestępstw ze względu na przedmiot ochrony, PiP 1971, nr 3–4; A. Kabat, Przestępstwa podobne w ujęciu kodeksu karnego, NP 1970, nr 11; D. Pleńska, Przedmiotowe podobieństwo przestępstw, NP 1971, nr 10; D. Pleńska, Zagadnienia recydywy w prawie karnym, Warszawa 1974; A. Zoll, Przestępstwa podobne, PiP 1974, nr 3; W. Wolter, Problem ustalania podobieństwa między przestępstwami, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1974, nr 7; D. Pleńska, Pojęcie recydywy w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1976, nr 5; W. Kubala, Pobudka w prawie karnym, NP 1976, nr 1; W. Kubala, Z problematyki podmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw, SKKiP 1976, t. 5; C. Kraszewski, Kryterium przedmiotowe w ujęciu „podobieństwa” przestępstw, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji 1976, t. VIII; J. Waszczyński, O prawnej regulacji recydywy (Uwagi *de lege ferenda*), PiP 1981, nr 5 oraz judykaty: wyrok SN z dnia 22 lutego 1968 r., sygn. V KRN 16/68, OSNPG 1968, nr 4, poz. 38; wyrok SN z dnia 16 lipca 1970 r., sygn. I KR 91/70, LEX, nr 22696; wyrok SN z dnia 10 września 1970 r., sygn. R Nw 56/70, Biul. SN 1970, nr 10, poz. 174; wyrok SN z dnia 24 lutego 1972 r., sygn. III KR 233/71, OSNPG 1972, nr 8, poz. 125; uchwała w składzie Siedmiu Sędziów SN z dnia 27 lipca 1972 r., sygn. VI KZP 57/71, OSNKW 1972, nr 10, poz. 149; wyrok SN z dnia 2 sierpnia 1972 r., sygn. II KR 106/72, Biuletyn SN 1973, nr 1, poz. 3; wyrok SN z dnia 13 września 1972 r., sygn. IV KR 176/72, OSNPG 1973, nr 3, poz. 23; uchwała SN z dnia 14 września 1972 r., sygn. VI KZP 39/72, PiP 1973, nr 4; wyrok SN z dnia 10 maja 1974 r., sygn. IV KR 63/74, OSNKW 1974, nr 9, poz. 167; uchwała SN z dnia 29 grudnia 1977 r., sygn. VII KZP 45/77, OSNKW 1978, nr 1, poz. 4; wyrok SN z dnia 6 października 1995 r., sygn. II KRN 114/95, Prok. i Pr. 1996, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 8.

³⁰ Tak też W. Zalewski, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Komentarz do art. 64 k.k., teza 29, Legalis 2016.

1) tożsamość lub bliskość rodzajowa dobra chronionego prawem, przeciwko któremu skierowane są podobne przestępstwa (obiektywne kryterium podobieństwa), 2) tożsamość pobudki, z której popełnione są te przestępstwa (subiektywne kryterium podobieństwa), 3) cel osiągnięcia korzyści majątkowej, w jakim popełnione są te przestępstwa (subiektywne kryterium podobieństwa).

Zgodnie z obowiązującym art. 115 § 3 k.k. z 1997 r.³¹ przestępstwami podobnymi są przestępstwa należące do tego samego rodzaju; przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia albo przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uważa się za przestępstwa podobne. Przepis ten wskazuje trzy niezależne i samodzielne kryteria podobieństwa przestępstw: 1) tożsamość rodzajową (kryterium przedmiotowe), 2) zastosowanie przy popełnieniu przestępstwa przemocy lub groźby jej użycia (kryterium przedmiotowe) oraz 3) działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (kryterium podmiotowe). W doktrynie trafnie zauważa się, że „zwrot przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia” wprowadza nie dwa, lecz jedno kryterium podobieństwa przestępstw. Wynika stąd, że relacja podobieństwa zachodzi nie tylko pomiędzy dwoma przestępstwami popełnionymi z groźbą użycia przemocy, lecz także między przestępstwem popełnionym z zastosowaniem przemocy oraz przestępstwem popełnionym z zastosowaniem groźby użycia przemocy³².

Kryterium podobieństwa oparte na przynależności rodzajowej zostało ujęte wężej niż w poprzednio obowiązującym kodeksie karnym, który przyjmował podobieństwo przestępstw nie tylko w przypadku tożsamości rodzajowej, ale również w razie ich bliskości (zbliżoności) rodzajowej. Kryterium jednorodności przestępstw wywołuje nadal szereg wątpliwości interpretacyjnych, a jego kodeksowe ujęcie nie jest pozbawione wad. W doktrynie zasadnie zwraca się uwagę, że w unormowaniu art. 115 § 3 k.k. mamy do czynienia z próbą objaśnienia niejednoznacznego zwrotu „przestępstwa podobne” za pomocą również niejednoznacznego zwrotu „przestępstwa należące do tego samego rodzaju”, co stanowi błąd w definiowaniu określany mianem *ignotum per ignotum*³³.

³¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.

³² J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 960; P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 421; tak również w postanowieniu SN z dnia 11 maja 2006 r., sygn. V KK 442/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1024. Odmienny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. II AKa 460/04, OSA 2005, nr 9, poz. 64, s. 17. SA w Warszawie przyjął, że to, że ustawa wymienia dwa sposoby działania (przemoc, groźba) nie oznacza, że podobne są przestępstwa, z których jedno popełnione zostało z użyciem przemocy, a drugie z groźbą jej użycia. Ustawa uznaje za podobne przestępstwa popełnione w taki sam sposób i wskazuje dwa takie sposoby, których użycie skutkuje uznaniem przestępstwa za podobne, ale są to dwa różne sposoby działania; aprobuje W. Zalewski, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 437.

³³ Na błąd ten zwraca uwagę J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 960 i A. Rybak, Kontrowersje wokół przestęp-

Nie budzi kontrowersji teza, iż o przynależności przestępstw do tego samego rodzaju przesądza porównanie dóbr prawnych, w jakie godzą zestawiane przestępstwa. Brak natomiast zgodności co do tego, jaki stosunek między tymi dobrami pozwala przyjąć tożsamość rodzajową przestępstw³⁴. W doktrynie zasadnie podnosi się, że ustawodawca nie posłużył się pojęciem przestępstwa skierowanego przeciwko temu samemu dobru chronionemu prawem, ale szerszym – przestępstwa należącego do tego samego rodzaju. Niewątpliwie identyczne dobra prawne są jednorodziejowe³⁵, ale nie można wykluczyć, że dobra nieidentyczne również mogą być jednorodziejowe³⁶. Na aprobatę zasługuje stanowisko, wedle którego o przynależności przestępstw do tego samego rodzaju rozstrzyga nie tyle tożsamość, co jednorodziejowość przedmiotu ochrony. W kontekście tzw. indywidualnego przedmiotu ochrony za jednorodziejowe uznać należy przestępstwa wymierzone przeciwko dobru prawnym tego samego rodzaju, niekoniecznie dobru identycznym³⁷. Podobne zapatrywanie wyrażono w judykaturze³⁸.

W doktrynie wskazuje się na znaczenie systematyki części szczególnej i wojskowej kodeksu karnego dla ustalenia jednorodziejowości przestępstw. Zastrzega się jednocześnie, że jednorodziejowymi ze względu na przedmiot ochrony mogą być także przestępstwa znajdujące się nie tylko w różnych

stwa podobnego, RPEiS 1999, nr 2, s. 75, przy czym powołana Autorka mylnie określa go mianem błędu *idem per idem*.

³⁴ Szerzej na temat prezentowanych w tym zakresie ujęć zob. m.in. A. Rybák, Kontrowersje wokół przestępstwa podobnego, RPEiS 1999, nr 2, s. 71 i n.; J. Badziak, Kryteria przedmiotowe podobieństwa przestępstw, Prok. i Pr. 2010, nr 11, s. 26 i n.; W. Grzeszczyk, Pojęcie przestępstwa podobnego w kodeksie karnym, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 147 i n.; P. Daniłuk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 165 i n.

³⁵ Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie kwestionuje się spełnienia kryterium „podobieństwa” przez przestępstwa godzące w identyczne co do tożsamości dobra prawne. W przypadku przestępstw godzących w to samo dobro prawne spełnione są kryteria „podobieństwa” przestępstw w rozumieniu art. 115 § 3 k.k., są to bowiem przestępstwa tego samego rodzaju, zob. postanowienie SN z dnia 30 marca 2016 r., sygn. I KZP 23/15, Legalis, nr 1413004 oraz przywołane tam piśmiennictwo.

³⁶ Tak M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 317.

³⁷ Tak J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 963; A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116, t. II, Warszawa 2015, s. 289; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s. 257; J. Badziak, Kryteria przedmiotowe..., *op. cit.*, s. 33. Odmienne m.in. P. Daniłuk, zdaniem którego z przestępstwami należącymi do tego samego rodzaju mamy do czynienia wówczas, gdy przestępstwa te godzą w takie samo dobro prawne. Przy czym chodzi tu o jego ujęcie jako rodzajowego, nie zaś szczególnego (indywidualnego) przedmiotu ochrony (zamachu), tenże, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 417; tenże, (w:) R. A. Stefański, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 671; tenże, Głosa do postanowienia SN z dnia 23 maja 2013 r., sygn. IV KK 68/13, OSP 2014, nr 5, s. 49 i n.

³⁸ Postanowienie SN z dnia 23 maja 2013 r., sygn. IV KK 68/13, OSNKW 2013, nr 9, poz. 77.

rozdziałach kodeksu, ale nawet w różnych ustawach. Niektóre przepisy służą bowiem nie tylko ochronie dóbr wymienionych w tytule danego rozdziału, lecz także innych jeszcze dóbr, które *in concreto* mogą stanowić podstawę ustalenia jednorodzaowości przestępstw³⁹. Kwestia podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. nie może być zatem oceniana w perspektywie abstrakcyjnej – jako „podobieństwo” typów czynów zabronionych – ale wyłącznie w perspektywie konkretnej. Przedmiotem oceny są konkretne czyny realizujące znamiona typów czynów zabronionych. Dany typ czynu zabronionego może chronić różne dobra prawne i dopiero ocena konkretnego zachowania pozwala na ustalenie, które z chronionych dóbr zostało przez ten czyn naruszone, bądź zagrożone⁴⁰.

W przypadku przestępstw posiadających tzw. główny oraz uboczny (dodatkowy) przedmiot ochrony, podstawą ustalenia przynależności do tego samego rodzaju może być każde z zaatakowanych dóbr, wzięte z osobna. Nie jest więc wykluczone, że o przynależności dwóch przestępstw do tego samego rodzaju zadecyduje jednorodzaowości dóbr będących ich ubocznym przedmiotem ochrony⁴¹. Na marginesie należy odnotować, że na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., z uwagi na punitivność ówczesnych unormo-

³⁹ Zob. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 964–965; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 317; J. Badziak, Kryteria przedmiotowe..., *op. cit.*, s. 36; por. wyrok SN z dnia 30 grudnia 1971 r., sygn. III KR 207/71, Legalis, nr 15927.

⁴⁰ Zob. np. SN w postanowieniu z dnia 30 marca 2016 r., sygn. I KZP 23/15, OSNKW 2016, nr 5, poz. 29; postanowienie SN z dnia 17 czerwca 1998 r., sygn. IV KRN 157/98, Prok. i Pr. 1998, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, poz. 3; uchwała SN z dnia 22 czerwca 1972 r., sygn. VI KZP 24/72, OSNKW 1972, poz. 134; wyrok SN z dnia 7 lutego 1972 r., sygn. II KR 302/71, OSNKW 1972, nr 6, poz. 100. Pogląd ten zyskał także aprobatę doktryny, np. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 966; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 317; A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116, t. II, Warszawa 2015, s. 289; A. Rybak, Kontrowersje wokół..., *op. cit.*, s. 78; D. Pleńska, Przedmiotowe podobieństwo przestępstw, Nowe Prawo 1991, nr 10, s. 1415. Odnotować jednak należy pogląd odmienny, zgodnie z którym, w zależności od sytuacji, możliwe jest posługiwanie się zarówno metodą *in concreto*, jak i *in abstracto* przy ustalaniu tożsamości rodzajowej przestępstw, tak P. Daniluk, (w:) R. A. Stefański, Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 672; tenże, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 190 i n. oraz powołana tam literatura.

⁴¹ Zob. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 966; podobnie A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. 2..., *op. cit.*, s. 380; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 317; J. Giezek w: J. Giezek (red.), Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna, Warszawa 2012, s. 706; J. Badziak, Kryteria przedmiotowe..., *op. cit.*, s. 37; A. Rybak, Kontrowersje wokół..., *op. cit.*, s. 80–82; B. Kieres, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 1972 r., sygn. I KR 302/71, Nowe Prawo 1973, nr 6, s. 974; zob. także wyrok SN z dnia 17 lutego 1975 r., sygn. I KR 225/74, niepubl.; wyrok SN z dnia 27 stycznia 1988 r., KRN 366/87, OSNPG 1988, nr 8–9, poz. 76.

wań w zakresie recydywy, w doktrynie sformułowano postulat, aby dla ustalenia podobieństwa przestępstw tożsamość lub zbliżoność rodzajowa dóbr zachodziła między dobrami stanowiącymi bądź to przedmiot główny analizowanych przestępstw, bądź to przedmiot główny jednego z analizowanych przestępstw a uboczny pozostałych⁴². Także w orzecznictwie Sądu Najwyższego zauważalny był brak ekwiwalentnego ujmowania głównego i dodatkowego przedmiotu zamachu przy ustalaniu podobieństwa przestępstw⁴³.

Odrębnym kryterium decydującym o podobieństwie przestępstw jest – generalnie rzecz ujmując – sposób działania sprawcy. Pod rządami poprzednich kodyfikacji karnych kwestia ta wywoływała istotne wątpliwości. Jeszcze w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1932 r. Sąd Najwyższy przyjął, iż jednorodzaowość czynów przestępnych polegać może nie tylko na dokonywaniu zamachów na to samo dobro prawne, ale również na podobnym sposobie działania, w trakcie którego ujawniają się u sprawcy identyczne – z punktu widzenia szkodliwości społecznej – wysoce niebezpieczne cechy podmiotowe towarzyszące czynom, jak np. gwałtowność, agresywność, brutalność⁴⁴. Stanowisko to spotkało się z uzasadnioną krytyką doktryny⁴⁵. Problem ten pozostał aktualny na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. Z jednej strony Sąd Najwyższy podkreślał znaczenie sposobu działania w kontekście podobieństwa przestępstw, stwierdzając, że jednorodzaowość czynów przestępczych może polegać nie tylko na dokonywaniu zamachów na to samo dobro prawne, ale również na podobnym sposobie działania⁴⁶. Z drugiej twierdził, że jeżeli występuje odmiennność dóbr chronionych prawem i odmiennność pobudek czynu, samo tylko podobieństwo w zakresie sposobu działania (np. użycie przemocy lub groźby) nie wystarczy do przyjęcia podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 120 § 2 i art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.⁴⁷ Podobny pogląd wyrażano także w doktrynie⁴⁸. Dostrzegano jednocześnie, że sposób popeł-

⁴² Tak A. Zoł, *Przestępstwa podobne*, PiP 1974, nr 3, s. 82–83.

⁴³ Por. uchwała SN z dnia 29 grudnia 1977 r., sygn. VII KZP 45/77, OSNKW 1978, nr 1, poz. 4 oraz wyrok SN z dnia 6 października 1995 r., sygn. II KRN 114/95, Prok. i Pr. 1996, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 8.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 22 lutego 1968 r., sygn. V KRN 16/68, OSNPG 1968, nr 4, poz. 38.

⁴⁵ Zob. J. Szwach, *Głosa do wyroku SN z dnia 22 lutego 1968 r.*, sygn. V KRN 16/68, NP 1969, nr 1 s. 162 i n.; A. Krukowski, *Głosa do wyroku SN z dnia 22 lutego 1968 r.*, sygn. V KRN 16/68, PiP 1969, nr 4–5, s. 937 i n.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 16 lipca 1970 r., sygn. I KR 91/70, LEX, nr 22696; zob. także wyrok SN z dnia 10 września 1970 r., sygn. R Nw 56/70, Biul. SN 1970, nr 10, poz. 174; wyrok SN z dnia 24 lutego 1972 r., sygn. III KR 233/71, OSNPG 1972, nr 8, poz. 125; wyrok SN z dnia 13 września 1972 r., sygn. IV KR 176/72, OSNPG 1973, nr 3, poz. 23.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 10 maja 1974 r., sygn. IV KR 63/74, OSNKW 1974, nr 9, poz. 167; zob. także wyrok SN z dnia 2 sierpnia 1972 r., sygn. II KR 106/72, Biuletyn SN 1973, nr 1, poz. 3.

⁴⁸ Zob. np. D. Pleńska, *Pojęcie recydywy w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1976, nr 5, s. 201; J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 223.

nienia czynu może wskazywać na dysonans między racjami kryminologicznymi i prawnymi przy bliskości rodzajowej dobra prawnego (np. pomoc do samobójstwa, zabójstwo eutanatyczne i ciężkie uszkodzenie ciała z przekroczeniem obrony koniecznej, użycie niebezpiecznego narzędzia w bójce i w obronie własnej z przekroczeniem jej granic); jego właściwa merytoryczna ocena była możliwa na gruncie art. 61 k.k. z 1969 r.⁴⁹

Istotną zmianę w tym zakresie wprowadził Kodeks karny z 1997 r., uznając „zastosowanie przemocy lub groźby jej użycia” za samodzielną przesłankę ustalania podobieństwa przestępstw. Ograniczając jej zakres, ustawodawca dał wyraz przekonaniu, iż to właśnie ten sposób działania atakuje dobra najcenniejsze dla człowieka, tj. nietykalność cielesną, zdrowie, wolność⁵⁰. W doktrynie i orzecznictwie przeważa stanowisko, iż dla przyjęcia podobieństwa przestępstw na podstawie omawianego kryterium nie jest konieczne, aby do ich ustawowych znamion należało zastosowanie przemocy lub groźby jej użycia. Podobieństwo przestępstw należy przyjmować także wtedy, gdy zastosowana przemoc lub groźba jej użycia pozostają poza zakresem znamion popełnionych przestępstw, ale faktycznie zostały one zrealizowane w warunkach wystąpienia takiego sposobu działania, który powinien być objęty opisem przypisanego sprawcy czynu⁵¹. Zwraca się przy tym uwagę na prognostyczny charakter podobieństwa przestępstw. Dla ustalenia negatywnej prognozy kryminologicznej nie ma zasadniczego znaczenia, czy zastosowana przy popełnieniu przestępstwa, za które sprawca był już skazany i przy popełnieniu przestępstwa aktualnie ocenianego przemoc lub groźba jej użycia stanowi znamię zrealizowanych czynów zabronionych, czy też jest okolicznością pozostającą poza zakresem tych znamion⁵². Wedle mniejszościowego poglądu

⁴⁹ K. Buchała, (w:) K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 378.

⁵⁰ J. Badziak, Kryteria przedmiotowe..., *op. cit.*, s. 44; podobnie A. Rybak, Kontrowersje wokół..., *op. cit.*, s. 87; A. Zoll, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1976 r., Państwo i Prawo 1975, nr 7, s. 179.

⁵¹ Tak w uchwale SN z dnia 23 października 2002 r., sygn. I KZP 33/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 93; podobnie SN w postanowieniu z dnia 11 maja 2006 r., sygn. V KK 442/05, LEX, nr 186972; wyrok z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn. V KK 71/09, LEX, nr 512076; uchwała z dnia 18 listopada 1997 r., sygn. I KZP 31/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 2, s. 8, a także SA we Wrocławiu w postanowieniu z dnia 14 października 2005 r., sygn. II AKzW 696/05, OSA 2006, nr 2, poz. 5 oraz w wyrok z dnia 8 października 2014 r., sygn. II AKa 282/14, LEX, nr 1545003; aprobowując wypowiada się J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 968; A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. 2..., *op. cit.*, s. 384; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s. 258; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 317–318.

⁵² A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna, Kraków 2000, s. 626; aprobowując także W. Zalewski, (w:) R. A. Stefański, Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 437.

opozycyjnego, pojęcie „przestępstwo przy użyciu przemocy” powinno być odnoszone do typów czynów, w jakich jest ono formułowane w kodeksie karnym, a nie do konkretnych czynów konkretnych sprawców⁵³.

Mankamentem obowiązującego unormowania jest brak ustawowego określenia definicji terminów „przemoc” oraz „użycie przemocy”. Jednocześnie trudno jednoznacznie przyjąć, że ustaliło się jakieś powszechnie aprobowane rozumienie tych terminów w języku prawniczym⁵⁴. Wiele elementów składających się na treść tego pojęcia nadal objętych jest sporem w doktrynie i judykaturze⁵⁵. Na potrzeby prowadzonych tu rozważań przyjęto, iż przemocą jest takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzaną dolegliwością na jego procesy motywacyjne, nastawić tę decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku⁵⁶. Należy ponadto podkreślić, że obowiązujący kodeks karny posługuje się nie tylko ogólnym określeniem „przemoc”, ale również węższym pojęciem „przemoc wobec osoby” (np. w art. 191 § 1 k.k., art. 281 k.k.). Ze sformułowania art. 115 § 3 k.k. jednoznacznie wynika, że do podobieństwa przestępstw wystarczy użycie przemocy w znaczeniu ogólnym, które obejmuje także przemoc pośrednią, skierowaną na rzecz w celu wywarcia przymusu na osobie⁵⁷. Na aprobatę zasługuje zatem pogląd, że przemoc w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. to nie tylko bezpośrednie oddziaływanie siłą fizyczną na osobę, ale także przemoc pośrednia, polegająca na oddziaływaniu na pokrzywdzonego poprzez siłę fizyczną skierowaną na innego człowieka, zwierzę lub rzecz⁵⁸.

⁵³ Zob. T. Bigoszewski, *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, CzPKiNP 1997, nr 2, s. 22.

⁵⁴ Tak również J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe...*, *op. cit.*, s. 44.

⁵⁵ Szerzej na ten temat zob. P. Daniluk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 213 i n. oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe.

⁵⁶ T. Hanausek, *Przemoc jak forma działania przestępnego*, Kraków 1966, s. 65; podobnie M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 317; J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz...*, *op. cit.*, s. 967. Pogląd T. Hanauska został zaaprobowany także w judykaturze, zob. uchwała SN z dnia 18 listopada 1997 r., sygn. I KZP 31/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 2 oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe.

⁵⁷ Tak trafnie A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 258.

⁵⁸ Zob. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz...*, *op. cit.*, s. 967; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 317; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 258; A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, t. 2...*, *op. cit.*, s. 384; P. Daniluk, (w:) R. A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 673. Odmienny pogląd prezentuje G. Rejman, która opowiada się na gruncie art. 115 § 3 k.k. za wykładnią ścieśniającą „przemocy”. Pojęcie to nie obejmuje zdaniem Autorki zachowań, które nie są adresowane przez sprawcę przestępstwa wprost do osoby pokrzywdzonej, lecz poprzez rzecz lub osobę trzecią, zob. G. Rejman, (w:) G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa

W konsekwencji podobieństwo przestępstw zachodzi także wtedy, gdy jedno z porównywanych przestępstw popełniono z użyciem przemocy wobec osoby, drugie zaś z użyciem przemocy poprzez zwierzę lub rzecz⁵⁹. Z kolei przez groźbę użycia przemocy rozumie się zapowiedź użycia siły fizycznej, aby zmusić pokrzywdzonego do pożądanego przez sprawcę zachowania (działania, zaniechania lub znoszenia)⁶⁰; każdy rodzaj zachowania sprawcy, który – nie będąc jeszcze przemocą – znamionuje realne prawdopodobieństwo (niebezpieczeństwo) jej użycia, a to z uwagi na jednoznacznie wyrażaną przez sprawcę wolę użycia przemocy wobec adresata groźby⁶¹.

Odrębne podmiotowe kryterium podobieństwa przestępstw stanowi cel działania sprawcy, jakim jest cel osiągnięcia korzyści majątkowej. Kodeks karny z 1969 r. dodatkowo wyróżniał tożsamość pobudek postępowania, która uzasadniała fakt recydywy niezależnie od rodzaju popełnionych przestępstw⁶². Uregulowanie art. 120 § 2 k.k. z 1969 r. wprowadziło ograniczenia zakresu pobudek do ujemnych w rozumieniu społecznym, lecz jak trafnie wskazywano w literaturze wynikało to z funkcji podobieństwa przestępstw. W konsekwencji popełnienie dwóch różnych przestępstw z pobudek altruistycznych nie stanowiło podstawy przyjęcia podobieństwa przestępstw⁶³.

Pośród różnorodnych celów jedynie cel osiągnięcia korzyści majątkowej decyduje o istnieniu podobieństwa przestępstw. Przestępstwa popełnione w takim celu uznaje się za podobne, niezależnie od dobra prawnego, przeciwko któremu były skierowane⁶⁴. Pojęcie korzyści majątkowej nie zostało zdefiniowane w kodeksie karnym. W art. 115 § 4 k.k. ograniczono się jedynie do wskazania, że korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. W odróżnieniu od korzyści osobistej, korzyścią majątkową jest to, co ma zdolność do zaspokojenia potrzeby człowieka i co można przeliczyć na pieniądze, a tym samym określić w pieniądzu⁶⁵. Po-

1999, s. 1429. Pogląd ten podziela W. Grzeszczyk, *Pojęcie przestępstwa podobnego w kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 149–150.

⁵⁹ P. Daniluk, (w:) R. A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 673; tak również w postanowieniu SA we Wrocławiu z dnia 14 października 2005 r., sygn. II AKzW 696/05, OSA 2006, nr 2, poz. 5.

⁶⁰ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 258.

⁶¹ R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2015, Legalis, Komentarz do art. 115 § 3 k.k., teza 10.

⁶² J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 224.

⁶³ Zob. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, *op. cit.*, s. 146–148; K. Buchała, (w:) K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 504–505.

⁶⁴ Zob. np. W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 374; W. Zalewski, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 437.

⁶⁵ P. Daniluk, *Pojęcie korzyści majątkowej w prawie karnym*, WPP 2014, nr 1, s. 33 i n.

jęcie korzyści majątkowej jest szersze od zysku i obejmuje zarówno zwiększenie aktywów, jak i zmniejszenie pasywów, a także inne polepszenie sytuacji majątkowej⁶⁶. Ugruntowany jest pogląd, że zakres korzyści majątkowej jako terminu kodeksowego ogranicza się wyłącznie do korzyści nienależnych (niegodziwych, bezprawnych)⁶⁷. Ocena należności lub nienależności korzyści majątkowej powinna mieć charakter *stricto* prawny, nie zaś np. moralny⁶⁸.

Zasadnie podnosi się, iż nastawienia psychicznego, jakim jest cel osiągnięcia korzyści, nie wolno przyjmować *a priori*, ale należy je każdorazowo ustalić na tle konkretnych okoliczności sprawy. Ponadto należy wartościować wypadki dążenia do osiągnięcia korzyści majątkowej i wyłączać poza zakres recydywy te, które nie mają nagannego charakteru. Samo bowiem dążenie do osiągnięcia korzyści materialnej nie zawsze zasługuje na ocenę negatywną⁶⁹.

Przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej są przestępstwami podobnymi niezależnie od tego, czy cel ten należy do ustawowych znamion czynu zabronionego⁷⁰. W doktrynie przeważa pogląd, iż w tym drugim przypadku okoliczność, że sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, powinna znaleźć odzwierciedlenie w zawartym w wyroku opisie czynu przypisanego sprawcy; wymóg ten uzasadniany jest przede wszystkim „względami gwarancyjnymi”⁷¹. Wedle poglądu

⁶⁶ Por. np. wyroki SN: z dnia 19 marca 2008 r., sygn. V KK 363/07, Prok. i Pr. 2008, nr 9, poz. 7; z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. IV KK 269/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 173; z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. I KZP 12/10, OSNKW 2010, nr 9, poz. 78; z dnia 12 października 2010 r., sygn. III KK 76/10, KZS 2011, nr 5, poz. 20; z dnia 29 marca 2011 r., sygn. III KK 321/10, Prok. i Pr. 2011, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 6.

⁶⁷ Por. wyrok SN z dnia 17 maja 1972 r., sygn. III KR 67/72, OSNKW 1972, nr 10, poz. 157, z glosą B. Kunickiej-Michałskiej, PiP 1973, Nr 6, s. 181 i n.; Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 15 lutego 1977 r., sygn. VII KZP 16/76, OSNKW 1977, nr 4–5, poz. 34; uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 30 stycznia 1980 r., sygn. VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24, z glosą K. Daszkiewicz, NP 1980, Nr 11–12, s. 213 i n.

⁶⁸ Zob. P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 393–395 oraz przywołane tam piśmiennictwo.

⁶⁹ Tak D. Pleńska, Zagadnienia recydywy..., *op. cit.*, s. 148.

⁷⁰ Zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 87/13, KZS 2014, nr 7–8, poz. 93; wyrok SA w Katowicach z dnia 28 grudnia 2006 r., sygn. II AKa 405/06, KZS 2007, nr 5, poz. 71; podobnie J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 967–968; A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116, Warszawa 2015, s. 290; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 258; M. Mozgawa, M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 318; P. Daniluk, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 87/13, Palestra 2014, nr 5–6, s. 168–172.

⁷¹ Zob. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz..., *op. cit.*, s. 968; A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k., Kraków 2000, s. 626. W doktrynie wyrażono także pogląd, że błędne pominięcie w wyroku takiego elementu, zawarcie go w uzasadnieniu jako przypuszczenia, jak również faktyczne istnienie po stronie sprawcy takiego celu (bez formal-

odmiennego dla przyjęcia podmiotowego podobieństwa przestępstw nie jest wymagane, aby kierowanie się przez sprawcę celem osiągnięcia korzyści majątkowej zostało objęte opisem czynu w wyroku skazującym⁷².

IV. Podobieństwo przestępstw jako przesłanka recydywy w wybranych ustawodawstwach europejskich.

Nieostrość terminu „podobieństwo przestępstw” i wynikające stąd rozbieżności interpretacyjne zarówno na płaszczyźnie doktrynalnej, jak i orzeczniczej bez wątpienia nie są pożądane, zwłaszcza jeśli uwzględni się funkcje i skutki ustalenia relacji tego podobieństwa. Z tego też względu interesującą jest kwestia tego, czy obce ustawodawstwa karne w zakresie określenia recydywy odwołują się do tak czy inaczej ujętej konstrukcji podobieństwa przestępstw.

Z uwagi na ramy niniejszego opracowania analizie poddano jedynie wybrane europejskie ustawodawstwa karne. Zbadano rozwiązania dotyczące recydywy obowiązujące w Austrii, Belgii, Francji, Hiszpanii, Portugalii oraz Włoszech. Dokonując wyboru poszczególnych państw kierowano się przede wszystkim potrzebą ukazania różnorodności porządków prawnych i wynikających z tego odmienności w ujęciu recydywy jurydycznej. Zastrzec należy, iż dalsze rozważania ograniczono wyłącznie do znaczenia podobieństwa przestępstw dla ustalenia recydywy. Konwencja opracowania nie pozwoliła natomiast na całościową prezentację obcych rozwiązań w zakresie powrotności do przestępstwa.

1. Austria

W kodeksie karnym austriackim z dnia 23 stycznia 1974 r.⁷³ (dalej: a.k.k.) do recydywy odnoszą się przepisy § 23 – 24, § 33 i § 39. Recydywa stanowi zwykłą okoliczność obciążającą, mającą wpływ na wymiar kary. Do wymienionych w § 33 a.k.k. okoliczności obciążających należą m. in.: popełnienie kilku przestępstw tego samego lub różnego rodzaju albo kontynuowanie przestępstwa przez dłuższy czas oraz uprzednie skazanie za czyn wyphywający z tej samej szkodliwej skłonności.

nego stwierdzenia), są karnoprawnie obojętne w kontekście art. 115 § 3 k.k., tak R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. II, Komentarz do art. 32–116, Legalis, Komentarz do art. 115 § 3 k.k., teza 14.

⁷² P. Daniluk, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz..., *op. cit.*, s. 675; tenże, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 338–340. Identyczny pogląd Autor ten wypowiada w odniesieniu do kryterium podobieństwa przestępstw w postaci zastosowania przemocy lub groźby jej użycia, zob. P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 226–230.

⁷³ Aktualny tekst austriackiego kodeksu karnego dostępny jest na stronie: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

Z kolei recydywa specjalna (tzw. kwalifikowana) stanowi podstawę fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia kary (§ 39 a.k.k.). Jedną z jej przesłanek stanowi kategoria „czynu wypływającego z tej samej szkodliwej skłonności”. Dla ustalenia recydywy specjalnej wymaga się dwukrotnego skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności za czyny wypływające z tej samej szkodliwej skłonności i popełnienia po ukończeniu dziewiętnastego roku życia nowego (co najmniej trzeciego) przestępstwa wypływającego z tej samej szkodliwej skłonności. W takim wypadku można orzec karę pozbawienia wolności lub grzywny w wymiarze do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Kara terminowego pozbawienia wolności nie może jednak przekroczyć lat dwudziestu. Poprzedniej kary nie uwzględnia się jednak, jeżeli od jej odbycia do popełnienia kolejnego czynu upłynęło więcej niż 5 lat. Do tego terminu nie wlicza się okresu, w którym skazany był zatrzymany na mocy urzędowego nakazu. Jeżeli odbycie kary nastąpiło jedynie przez zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania, okres (5 lat) rozpoczyna bieg dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku.

Za czyn wypływający z tej samej szkodliwej skłonności rozumie się czyn skierowany przeciwko temu samemu dobru prawnemu albo pozostający w związku z tego samego rodzaju niskimi pobudkami lub takimi samymi wadami charakteru (§ 71 a.k.k.).

2. Belgia⁷⁴

Belgijski kodeks karny (dalej „b.k.k.”) nie zawiera definicji legalnej recydywy. W konsekwencji przepisy art. 54–57 b.k.k.⁷⁵ ograniczają się do wyli-

⁷⁴ Więcej na temat modelu belgijskiej recydywy zob. m.in. O. Michiels, E. Jacques, *Principes de droit pénal. Note sommaires et provisoires*, 3e édition, Université de Liège 2014, opracowanie dostępne na stronie: <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/131572>; A. Marchal et J. P. Jasparr, *Droit criminel: Traité théorique et pratique*, Larcier, 1965, t. I; A. De Nauw, *Les nouvelles techniques juridiques de la récidive en droit comparé*, *Rev. dr. pén.*, 1978, s. 352 i n.; F. Tulkens, M. Van De Kerchove, Y. Cartuyvels et C. Guillaïn, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Kluwer, 2010; O. Michiels, *Les grands principes de la récidive*, J. T., 1998; J. Constant, *Précis de droit pénal—Principes Généraux et Droit pénal positif belge*, 1975.

⁷⁵ Art. 53 Ustawa określa, w jakich przypadkach i jakie czyny podlegają karze. Art. 54 Osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nową zbrodnię zagrożoną karą pozbawienia wolności od 5 do 10 lat, może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności od 10 do 15 lat. Jeżeli zbrodnia zagrożona jest karą pozbawienia wolności (*réclusion*) od 10 do 15 lat, może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności od 15 do 20 lat. Jeżeli zbrodnia zagrożona jest karą pozbawienia wolności od 15 do 20 lat, zostanie mu wymierzona kara co najmniej 17 lat pozbawienia wolności. Art. 55 Osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nową zbrodnię zagrożoną karą pozbawienia wolności (*détention*) od 5 do 10 lat, może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności (*détention*) od 10 do 15 lat. Jeżeli zbrodnia jest zagrożona karą pozbawienia wolności od 10 do 15 lat, sprawcy może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności (*détention*) od 15 do 20 lat. Jeżeli zbrodnia zagrożona jest karą pozbawienia wolności (*détention*) od 15 do 20 lat, zostanie mu wymierzona kara co najmniej 17 lat pozba-

czenia różnych sytuacji, które mogą doprowadzić do obostrzenia wymiaru kary przez sędziego. Ustawodawca belgijski wyróżnia cztery rodzaje recydywy: zbrodnia po zbrodni, występki po zbrodni, występki po występkach, wykroczenie po wykroczeniu. Recydywa ma zasadniczo charakter ogólny i polega na popełnieniu przez danego sprawcę jakiegokolwiek przestępstwa, niekoniecznie takiego samego lub podobnego do tego, za które został uprzednio skazany (dotyczy to zarówno ponownego popełnienia zbrodni lub występków, jak również popełnienia występków po zbrodni). Jedynie dla ustalenia recydywy wykroczeń wymaga się, aby nowe wykroczenie było takie samo jak to stanowiące podstawę uprzedniego skazania (zob. art. 565 b.k.k.)⁷⁶.

3. Francja

Rozwiązania legislacyjne w zakresie modelu francuskiej recydywy mają charakter bardzo kazuistyczny. Recydywistą może być osoba fizyczna, jak i osoba prawna. Recydywie osób fizycznych poświęcone są regulacje art. 132–8–132–11 f.k.k.⁷⁷ Francuski model recydywy zakłada, że nowe przestępstwo może być inne niż to popełnione wcześniej albo takie samo lub podobne do pierwszego przestępstwa. Recydywa jest szczególna (*la récidive spéciale*), gdy obostrzenie dotyczy identycznych lub podobnych przestępstw popełnionych przez sprawcę. Jeśli nie zostaną spełnione powyższe warunki, mamy do czy-

wienia wolności. Art. 56 Osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nowy występki, może zostać wymierzona kara w podwójnej wysokości maksymalnej kary przewidzianej ustawą za ten występki. Taka sama kara może zostać wymierzona w przypadku uprzedniego skazania za występki na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku, jeśli sprawca dopuścił się nowego występków przed upływem 5 lat od wykonania lub przedawnienia wykonania kary. W przypadkach opisanych w ustępach 1 i 2, jeśli nowy występki stanowił zbrodnię według starej ustawy lub gdy sąd przysięgłych (*la cour d'assises*) stwierdził istnienie podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary, górna granica kary pozbawienia wolności nie może przekroczyć maksymalnej kary pozbawienia wolności (*réclusion*) przewidzianej ustawą za tę zbrodnię lub 40 lat, jeśli maksymalną karę stanowi kara dożywotniego pozbawienia wolności. W żadnym przypadku, kara orzeczona nie może przekroczyć jednego roku kary dozoru elektronicznego, kary 300 godzin pracy lub dwóch lat autonomicznego środka probacyjnego. Art. 57 Zasady dotyczące recydywy znajdują zastosowanie, zgodnie z poprzednimi przepisami, w przypadku uprzedniego skazania, orzeczonego przez sąd wojskowy, za czyny zabronione kwalifikowane jako zbrodnia lub występki przez prawo karne powszechne oraz co do kar przewidzianych tymi przepisami. Jeśli za czyn zabroniony wymierzono karę przewidzianą przez prawo wojskowe, sądy dokonujące oceny, czy zachodzą przesłanki recydywy, wezmą pod uwagę karę wymierzoną za ten czyn pierwszym wyrokiem, jaka zostałaby wymierzona zgodnie z prawem karnym powszechnym. Art. 57 bis. Zasady dotyczące recydywy, przewidziane w art. 54–56 znajdują zastosowanie w przypadku uprzedniego skazania branego pod uwagę zgodnie z art. 99 bis.

⁷⁶ Zob. Cass., 19 déc. 1984, Bull., 1985, s. 497: recydywa w rozumieniu art. 565 b.k.k. dotyczy sytuacji, w której sprawca wykroczenia został skazany w ciągu 12 miesięcy za takie samo wykroczenie.

⁷⁷ Aktualny tekst ustawy dostępny jest na stronie: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>.

nienia z recydywą ogólną (*la récidive générale*)⁷⁸. Recydywa w przypadku zbrodni jest recydywą ogólną (art. 132–8 f.k.k.)⁷⁹, a w przypadku występku jest albo ogólna (art. 132–9 f.k.k.)⁸⁰ albo szczególna (art. 132–10 f.k.k.)⁸¹; w przypadku wykroczenia jest zawsze szczególna (art. 132–11 f.k.k.)⁸².

Ustawa karna francuska wyraźnie wskazuje, które występkі należy traktować jako takie same lub podobne w odniesieniu do recydywy. Zgodnie z art. 132–16 f.k.k. kradzież, wymuszenie rozbójnicze, zmuszanie (szantaż), oszustwo czy przywłaszczenie są uznane, w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo. Ustawa nr 98–468 z dnia 17 czerwca 1998 r.⁸³ uznała za takie same wszystkie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Również umyślne przestępstwa z użyciem przemocy są uznane za takie same z każ-

⁷⁸ Zob. P. Chrzczonowicz, Francja, (w:) A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia, Toruń 2007, s. 94.

⁷⁹ Stosownie do postanowień art. 132–8 f.k.k., w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występku zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności, nowej zbrodni zagrożonej karą, której górna granica wynosi 20 lub 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion criminelle* lub *détention criminelle*), górną granicę grożącej mu kary stanowi kara dożywotniego pozbawienia wolności. Jeśli górna granica kary przewidzianej za nową zbrodnię wynosi 15 lat pozbawienia wolności, górną granicę grożącej mu kary stanowi kara 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion criminelle* lub *détention criminelle*).

⁸⁰ Artykuł 132–9 f.k.k. przewiduje, że w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występku zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*), w ciągu 10 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, nowego występkę zagrożonego tą samą karą, górna granica grożącej mu kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu. W razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występku zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*), w ciągu 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, nowego występkę zagrożonego karą pozbawienia wolności od roku do mniej niż 10 lat, górna granica grożącej mu kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu.

⁸¹ W razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za występku, w ciągu 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, takiego samego lub podobnego, zgodnie z zasadami recydywy, występkę, górna granica grożącej mu kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu (art. 132–10 f.k.k.).

⁸² Zgodnie z art. 132–11 f.k.k. w przypadkach przewidzianych ustawą, w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za wykroczenie 5 klasy, w ciągu roku od odbycia lub przedawnienia poprzedniej kary, takiego samego wykroczenia, górna granica grożącej grzywny wzrasta do 3000 euro. W sytuacji, w której ustawa przewiduje, że recydywa wykroczenia 5 klasy stanowi występku, recydywa zachodzi, jeżeli do jego popełnienia dojdzie w ciągu 3 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzedniej kary. W ten sposób ustawodawca zastrzegł sobie taką możliwość w przyszłości, by wykroczenie 5 klasy popełnione w ramach recydywy mogło w określonych warunkach stać się występkiem. W definicji wykroczenia 5 klasy określonego w art. 131–13 f.k.k. wskazano: „Kto popełnia wykroczenie 5 klasy, grozi mu grzywna do 1500 euro, a w przypadku recydywy do 3000 euro, poza sytuacją gdy ustawa przewiduje, że recydywa wykroczenia stanowi występku”.

⁸³ Loi n° 98–468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JORF 18 juin 1998. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901>

dym przestępstwem, w którym okolicznością obciążającą było użycie przemocy (art. 132–16–4 f.k.k.). Enumeratywne wyliczenie tego typu przestępstw zawierają przepisy art. 132–16 do art. 132–16–4–1 f.k.k. W świetle tej regulacji w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo uznaje się:

- kradzież, wymuszenie rozbójnicze, zmuszanie (szantaż), oszustwo czy przywłaszczenie (art. 132–16);
- występki dotyczące przemocy seksualnej oraz napaści seksualnej (art. 132–16–1);
- występki nieumyślnego spowodowania śmierci albo nieumyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego przewidziane w przepisach art. 221–6–1, 222–19–1 i 222–20–1 f.k.k. (art. 132–16–2);
- występki przewidziane w przepisach art. L. 221–2, L. 234–1, L. 235–1 i L. 413–1 kodeksu ruchu drogowego; ponadto są równocześnie podobne do występków wskazanych w powyższym ustępie, jeśli stanowią nowy występki (art. 132–16–2);
- występki dotyczące handlu ludźmi oraz stręczycielstwa przewidziane w przepisach art. 225–4–1, 225–4–2, 225–4–8, od 225–5 do 225–7 i 225–10 (art. 132–16–3);
- występki związane z umyślnym użyciem przemocy wobec osoby, podobnie jak każdy występki popełniony w okolicznościach obciążających związanych z przemocą (art. 132–16–4);
- występki dotyczące przemytu broni przewidziane artykułami od 222–52 do 222–67 (art. 132–16–4–1).

Odrębnie unormowano recydywę osób prawnych (zob. art. 132–12 – art. 132–15 f.k.k.). Recydywa osób prawnych w przypadku: zbrodni jest ogólna (art. 132–12 f.k.k.)⁸⁴, występkowi jest albo ogólna (art. 132–13 f.k.k.)⁸⁵ albo

⁸⁴ Stosownie do art. 132 –12 f.k.k., jeżeli osoba prawna, która została prawomocnie skazana za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 tysięcy euro, ponownie popełni zbrodnię, maksymalna wysokość grzywny, która może być wobec niej orzeczona, równa się dziesięciokrotności wysokości grzywny przewidzianej za tę zbrodnię.

⁸⁵ Artykuł 132–13 f.k.k. przewiduje, że jeżeli osoba prawna prawomocnie skazana za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 tysięcy euro, ponownie popełni występki zagrożony taką samą karą w okresie 10 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, maksymalna wysokość grzywny, która może być wobec niej orzeczona, wynosi dziesięciokrotność wysokości grzywny przewidzianej za ten występki. Ponadto, osoba prawna prawomocnie skazana za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 tysięcy euro, w okresie 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, popełnia nowy występki, zagrożony karą grzywny powyżej 15 tysięcy euro, maksymalna wysokość kary grzywny, która może być orzeczona w stosunku do takiej osoby prawnej, wynosi dziesięciokrotność wysokości grzywny za dany występki.

szczególna (art. 132–14 f.k.k.)⁸⁶, a w przypadku wykroczenia jest zawsze szczególna (art. 132–15 f.k.k.).

4. Hiszpania

Recydywa szczególna jest jedną z okoliczności obciążających wymienionych w art. 22 ustawy 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. – Kodeks karny⁸⁷ (dalej h.k.k.). Artykuł 22 punkt 8 h.k.k. przewiduje, że recydywa zachodzi wtedy, gdy sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był już prawomocnie skazany za przestępstwo stypizowane w tym samym tytule niniejszego kodeksu, o ile posiada ono taki sam charakter. Nie są brane pod uwagę skazania, które uległy zatarciu, lub powinny być zatarte⁸⁸, ani skazania za przestępstwa lekkie⁸⁹. Prawomocne skazania sądów lub trybunałów innych państw Unii Europejskiej brane są pod uwagę przy ocenie recydywy, chyba, że uległy one zatarciu lub mogły ulec zatarciu zgodnie z przepisami prawa hiszpańskiego. Konsekwencje recydywy na płaszczyźnie wymiaru kary określone zostały w art. 66 ust. 1 h.k.k.⁹⁰

⁸⁶ Zgodnie z art. 132–14 f.k.k., jeżeli osoba prawna prawomocnie skazana za występki, w okresie 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, zostanie skazana za taki sam lub podobny do niego występki (zgodnie z przepisami regulującymi recydywę), maksymalna grzywna, która może zostać orzeczona, wynosi dziesięciokrotność kary grzywny przewidzianej za dany występki.

⁸⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995). Aktualny tekst hiszpańskiego kodeksu karnego dostępny jest na stronie: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

⁸⁸ W Hiszpanii zatarcie skazania nie powoduje definitywnego usunięcia informacji o skazaniu. Informacje o skazaniach nie są usuwane z rejestru skazanych, bowiem w myśl art. 136 ust. 4 *in fine* h.k.k. na wniosek sędziów lub trybunałów podaje się informacje również o skazaniach, które zostały zatarte, z wyraźnym zaznaczeniem, że zachodzi ta okoliczność.

⁸⁹ Przestępstwa lekkie to takie, za których popełnienie ustawa przewiduje kary lekkie (art. 13 ust. 3 h.k.k.). Karami lekkimi są: a) pozbawienie prawa prowadzenia pojazdów silnikowych i motorowerów na okres od 3 miesięcy do roku; b) pozbawienie prawa posiadania i noszenia broni na okres od 3 miesięcy do roku; c) pozbawienie prawa wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności gospodarczej związanej ze zwierzętami oraz prawa posiadania zwierząt na okres od 3 miesięcy do roku; d) pozbawienie prawa przebywania w określonych miejscach lub przychodzenia do nich na okres poniżej 6 miesięcy; e) zakaz zbliżania się do ofiary lub do członków jej rodziny lub innych osób określonych przez sąd lub trybunał na okres od miesiąca do poniżej 6 miesięcy; f) zakaz komunikowania się z ofiarą lub członkami jej rodziny lub z innymi osobami określonymi przez sąd lub trybunał na okres od miesiąca do poniżej 6 miesięcy; g) grzywna w stawkach dziennych do 3 miesięcy; h) areszt domowy na okres od 1 dnia do 3 miesięcy; i) praca na cele społeczne od 1 do 30 dni (art. 33 ust. 4 h.k.k.).

⁹⁰ Hiszpański ustawodawca w art. 66 ust. 1 h.k.k. określił zasady wymierzania kary za popełnienie przestępstw umyślnych. I tak w przypadku: – zaistnienia jednej lub dwóch okoliczności obciążających, sądy i trybunały wymierzają karę w połowie wyższej (superior) kary przewidzianej w ustawie za dane przestępstwo (art. 66 ust. 1 pkt 3 h.k.k.); – zaistnienia więcej niż dwóch okoliczności obostrzających i braku jakiejkolwiek okoliczności łagodzącej, sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień niż ta ustanowiona w ustawie, w jej poło-

Przesłanką recydywy w modelu hiszpańskim jest ustalenie, że uprzednie przestępstwo, za które sprawca został skazany prawomocnym wyrokiem oraz nowe przestępstwo uregulowane są w tym samym tytule kodeksu karnego (kryterium tożsamości formalnej) i posiadają taki sam charakter (kryterium tożsamości materialnej). Ustawodawca hiszpański wyłączył w ten sposób możliwość tzw. recydywy ogólnej (uprzednie popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa).

Umieszczenie przestępstwa w tym samym tytule jest konieczną, ale nie wystarczającą przesłanką przyjęcia recydywy. Wymaga się ponadto tożsamości przedmiotu ochrony. Za taką wykładnią przemawia siódme postanowienie przejściowe h.k.k., które stanowi, że przy ocenie recydywy za przestępstwa zawarte w tym samym tytule niniejszego kodeksu uznaje się przestępstwa przewidziane w poprzednio obowiązującym kodeksie karnym, które mają podobną nazwę i godzą w taki sam sposób w identyczne dobra prawnie chronione⁹¹. Aby została zrealizowana przesłanka tożsamości, sprawca niekoniecznie musi dokonać takiego samego przestępstwa, konieczna jest natomiast tożsamość naruszonej normy. Powinien zostać naruszony ten sam zakaz lub obowiązek. Tożsamość zachodzić będzie pomiędzy typem podstawowym, kwalifikowanym czy też uprzywilejowanym⁹².

Tożsamości przedmiotu ochrony towarzyszy również przesłanka obiektywna w postaci tożsamości sposobu popełnienia przestępstw. Sposób i forma popełnienia czynu, które często stanowią element strony przedmiotowej, powinny być także brane pod uwagę przy ocenie tożsamości lub podobieństwa naruszonych przepisów karnych⁹³. Sąd Najwyższy przy ocenie tożsamości charakteru przestępstwa nakazuje brać pod uwagę tendencję kryminalną sprawcy przestępstwa wyrażaną jego stosunkiem do określonych dóbr prawnie chronionych. Tym samym, tożsamość charakteru przestępstwa wymagana przez ustawodawcę oznacza tożsamość przedmiotu ochrony w obydwu przestępstwach oraz ponadto tożsamość sposobu zamachu na nie⁹⁴. Także w doktrynie wskazuje się,

wie niższej (art. 66 ust. 1 punkt 4 h.k.k.); – zaistnienia okoliczności obciążającej recydywy, w myśl której sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był prawomocnie skazany za co najmniej trzy przestępstwa stypizowane w tym samym tytule kodeksu karnego, o ile mają taki sam charakter (są tej samej natury), sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień od przewidzianej przez ustawę za dane przestępstwo, biorąc pod uwagę zarówno poprzednie skazania, jak i wagę nowego popełnionego przestępstwa. Stosując tę regułę nie bierze się pod uwagę skazań, które uległy zatarciu lub tych, które powinny być zatarte (art. 66 ust. 1 pkt 5 h.k.k.); jest to przypadek recydywy kwalifikowanej, czyli tzw. multirecydywy. W przypadku przestępstw lekkich oraz przestępstw nieumyślnych, sądy i trybunały wymierzają kary według swobodnego uznania; nie obowiązują wyżej przedstawione zasady (art. 66 ust. 2 h.k.k.).

⁹¹ M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1999, s. 903.

⁹² A. Calderón, J. A. Choclán, *Código Penal Comentado*, Barcelona 2005, s. 55.

⁹³ A. Calderón, J. A. Choclán, *Código Penal*..., *op. cit.*, s. 55.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1078/1998 de 17 de octubre de 1998, Id Cendoj: 280791200 11998102861; <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match>

że oceniając kwestię charakteru przestępstwa bierze się pod uwagę „atak w ten sam sposób na identyczne dobro chronione prawem”⁹⁵.

Na marginesie należy zauważyć, że w doktrynie hiszpańskiej sporne jest, czy zachodzi recydywa w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego i nieumyślnego. Zdaniem części autorów możliwa jest recydywa w przypadku popełnienia dwóch przestępstw nieumyślnych, natomiast wyklucza się taką możliwość w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego i nieumyślnego, z uwagi na brak w takim wypadku tożsamości obiektywnej⁹⁶. Według poglądu opozycyjnego recydywa zachodzi między przestępstwem umyślnym i nieumyślnym, jeżeli kodeks przewiduje popełnienie tego przestępstwa w formie nieumyślnej, np. recydywa zachodzi w przypadku dokonania umyślnego zabójstwa (art. 138 h.k.k.) i usiłowania zabójstwa kwalifikowanego (art. 139 w zw. z art. 16 h.k.k.) albo dokonania zabójstwa umyślnego oraz nieumyślnego zabójstwa (art. 142 h.k.k.). Zwolennicy tego ujęcia podnoszą, że przedmiot ochrony w obu przypadkach jest tożsamy⁹⁷.

5. Portugalia

Portugalski kodeks karny⁹⁸ (dalej p.k.k.) reguluje recydywę w art. 75 i 76. Dla zastosowania recydywy, muszą być spełnione przesłanki formalne i ma-

=TS&reference=3097669&links=%223449%2F1997%22%20%221078%2F1998%22&optimize=20031011&publicinterface=true; Sentencia del Tribunal Supremo 1222/1999 de 23 de julio de 1999, Id Cendoj: 28079120011999102631; <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?Action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3172240&links=%22253%2F1999%22%20%221222%2F1999%22&optimize=20030830&publicinterface=true>; Sentencia del Tribunal Supremo 853/2000 de 23 de julio de 2000, Id Cendoj: 28079120012000102810 <http://www.Poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3185354&links=%222684%2F1998%22%20%22853%2F2000%22&optimize=20030823&publicinterface=true>; Sentencia del Tribunal Supremo 5/2003 de 30 de 14 de enero de 2003, Id Cendoj: 28 07 91 20012003103653 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3149804&links=%223072%2F2001%22%20%225%2F2003%22&optimize=20030912&publicinterface=true>; Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2003 de 30 de septiembre de 2003, Id Cendoj: 28079120012003103890, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3041518&links=%221305%2F2002%22%20%221250%2F2003%22&optimize=20031030&publicinterface=true>; Sentencia del Tribunal Supremo 971/2010 de 12 de noviembre de 2010, Id Cendoj: 28079120012010100898 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5790636&links=%22789%2F2010%22%20%22971%2F2010%22&optimize=20101202&publicinterface=true>.

⁹⁵ L. Rodríguez Ramos (dir.), G. Rodríguez-Ramos Ladaria (coord.), Código Penal Concordado y Comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, Madryt 2015, s. 324.

⁹⁶ A. Calderón, J.A. Choclán, Código Penal....., *op. cit.*, s. 55.

⁹⁷ M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón, Derecho Penal...., *op. cit.*, s.903.

⁹⁸ Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março de 1995 que aprova o Código Penal. Aktualny tekst dostępny jest na stronie: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=.

terialne określone w art. 75 p.k.k. Artykuł 76 p.k.k. precyzuje natomiast skutki recydywy⁹⁹.

Portugalski kodeks karny przewiduje, że skazuje się jako recydywistę sprawcę, który popełnia przestępstwo umyślne, za które winien być skazany na karę więzienia powyżej 6 miesięcy, po tym jak uprzednio został skazany prawomocnym wyrokiem na karę więzienia powyżej 6 miesięcy za inne przestępstwo umyślne, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że poprzednie skazanie lub skazania nie posłużyły sprawcy jako wystarczające ostrzeżenie przed popełnieniem przestępstwa (art. 75 ust. 1 p.k.k.)¹⁰⁰.

Recydywa obejmuje tylko przestępstwa umyślne, niezależnie o tego, czy mają one taki sam czy różny charakter¹⁰¹. Portugalskie rozwiązanie odwołuje się natomiast do tzw. przesłanki materialnej, która polega na tym, że poprzednie skazanie lub skazania nie posłużyły sprawcy jako wystarczające ostrzeżenie przed popełnieniem przestępstwa (art. 75 ust. 1 in fine p.k.k.). W związku z tym nie zachodzi recydywa w przypadku przestępstw nieumyślnych. Jedynie przestępstwa umyślne wskazują, że sprawca lekceważy uprzednie formalne ostrzeżenie w postaci skazania. Klauzula materialna implikuje natomiast konieczność ustalenia związku materialnego pomiędzy popełnionymi przestępstwami, który może świadczyć o tym, że sprawca zlekceważył poprzednie skazanie. W literaturze przedmiotu podnosi się, że przesłanka ta pozwala uniknąć ewentualnej pomyłki między prawdziwym recydywistą a sprawcą, który popełnia ponownie przestępstwo z przyczyn pochodzących z zewnątrz (egzogennych). Nierzadko trudno jest dostrzec ten związek zwłaszcza w przypadkach recydywy heterogennej¹⁰². W doktry-

⁹⁹ W przypadku recydywy, minimalny wymiar kary za przestępstwo obostrza się o jedną trzecią, zaś maksymalny wymiar kary nie ulega zmianie. Obostrzenie kary nie może przekroczyć wymiaru najsurowszej kary wymierzonej w poprzednich skazaniach (art. 76 ust. 1 p.k.k.). Przepisy dotyczące kary względnie nieoznaczonej, o ile mają zastosowanie, przeważają nad zasadami karania w przypadku recydywy (art. 76 ust. 2 p.k.k.). Wymiar kary w wypadku recydywy odbywa się w kilku etapach. Po pierwsze zgodnie z art. 76 ust. 1 p.k.k. sąd stwierdza, czy do sprawcy stosuje się przepisy o wymiarze kary względnie nieoznaczonej, której przesłanki stosowania są uregulowane są rozdziale V, dziale I p.k.k. (art. 83–85 p.k.k.). W takim przypadku stosuje się zasady wymiaru tej kary, a nie zaś zasady wymiaru kary w przypadku recydywy.

¹⁰⁰ W art. 65 wskazano także, że poprzednie przestępstwo, za które sprawca został skazany, nie wpływa na recydywę, jeżeli od jego popełnienia do czasu popełnienia kolejnego przestępstwa upłynęło powyżej 5 lat; do okresu tego nie wlicza się czasu, w którym sprawca odbywał środek zapobiegawczy, karę lub środek zabezpieczający polegające na pozbawieniu wolności (ust. 2). Skazania wydane przez sądy zagraniczne brane są pod uwagę dla celów recydywy na zasadach wskazanych w powyższych dwóch ustępach, o ile czyn stanowi przestępstwo zgodnie z prawem portugalskim (ust. 3). Przedawnienie wykonania kary, amnestia, łaska nie stanowią przeszkody dla istnienia recydywy (ust. 4).

¹⁰¹ C. Chcechi de Assis, A solvabilidade constitucional do regime da reincidência criminal, praca doktorska, Uniwersytet w Coimbrze, 2014, s. 35 (praca dostępna na stronie: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/28497>).

¹⁰² C. Chcechi de Assis, A solvabilidade constitucional..., s. 38.

nie wskazuje się, że związek materialny powinien wykazać bliskie powiązanie pomiędzy późniejszym i wcześniejszym przestępstwem; jest on bardziej dostrzegalny w przypadku przestępstw o podobnym charakterze¹⁰³.

Szczególne konsekwencje na płaszczyźnie wymiaru kary przewiduje się w odniesieniu do tego, kto popełnia umyślne przestępstwo, za które powinna być w danym wypadku wymierzona kara bezwzględnego więzienia powyżej 2 lat, a popełnił uprzednio dwa lub więcej przestępstw umyślnych, za które (za każde z nich) wymierzono mu karę bezwzględnego więzienia również powyżej 2 lat. W takim przypadku przewiduje się skazanie na karę względnie nieoznaczoną, o ile łączna ocena popełnionych czynów, oraz osobowość sprawcy wykazują wyraźną skłonność do popełniania przestępstw, która to skłonność w momencie skazania nie ustała (art. 83 ust. 1 p.k.k.). To samo dotyczy sprawcy, który popełnia umyślne przestępstwo, za które powinna być w danym wypadku wymierzona kara bezwzględnego więzienia a sprawca uprzednio popełnił cztery lub więcej przestępstw umyślnych, za które (za każde z nich) został skazany na bezwzględną karę więzienia (art. 84 ust. 1 p.k.k.).

6. Włochy

Włoski kodeks karny¹⁰⁴ (dalej: w.k.k.) w art. 99 wyróżnia: recydywę prostą (zwykłą) (*recidiva semplice*), recydywę obostrzoną (*recidiva aggravata*) i recydywę ponowną (wielokrotną) (*recidiva reiterata*).

Recydywa zwykła w rozumieniu art. 99 ust. 1 w.k.k., zachodzi wówczas, gdy sprawca będąc skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo nie umyślne (*delitto non colposo*¹⁰⁵), popełnia ponownie przestępstwo, również nie umyślne (*non colposo*), ale innego rodzaju.

¹⁰³ J. Figueiredo Dias, *Direito Penal: parte geral*, tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime, 2 wydanie, Coimbra 2011, s. 268–269; H. Susano, *Reincidência Penal: da teoria à prática judicial*, Coimbra 2012, s. 109.

¹⁰⁴ Codice Penale. Approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 (Gazzetta Ufficiale 26 ottobre 1930, n. 251). Testo aggiornato alle modifiche (Legge 23 marzo 2016, n. 41, Gazzetta Ufficiale 24 marzo 2016, n. 70).

¹⁰⁵ Szczególnie problematyczne jest przeniesienie na grunt polskiej terminologii pojęcia *delitto non colposo* (dosłowne tłumaczenie: nie umyślne). Artykuł 39 w.k.k. dzieli przestępstwa (*reati*) na *delitti* i *contravvenzioni*. Polscy autorzy tłumaczą *delitti* jako występki, a *contravvenzioni* jako wykroczenia (zob. M. Filar, (w:) A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007, s. 175). Kryterium podziału przestępstw ma charakter formalny i zależy od przewidzianej za dany czyn kary. *Delitti* zagrożone są karami dożywotniego pozbawienia wolności (*ergastolo*), pozbawienia wolności (*reclusione*) oraz – w przypadkach mniejszej wagi – karą grzywny (*multa*); z kolei *contravvenzioni* karą aresztu (*l'arresto*) i karą pieniężną (*l'ammenda*) (por. art. 17 w.k.k.). Uwzględniając kryterium subiektywne (stosunku psychicznego sprawcy do czynu) *delitti* mogą być popełnione umyślnie (*per dolo, doloso*), chyba że ustawa wyraźnie przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za *delitti* nieumyślne (*colposi*) lub umyślno-nieumyślne (*delitti preterintenzionali*). *Contravvenzioni* mogą być popełnione umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 42

Kodeks posługuje się pojęciem przestępstwa tego samego rodzaju (charakteru) przy określeniu recydywy obostrzonej (*recidiva aggravata*) uregulowanej przepisami art. 99 ust. 2 pkt 1 w.k.k. Recydywa obostrzona zachodzi wówczas, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*):

- jest tego samego rodzaju (ma taki sam charakter) co przestępstwo popełnione uprzednio (tzw. recydywa szczególna – *recidiva specifica*);
- zostało popełnione w okresie pięciu lat od poprzedniego skazania (tzw. w czasie trwania pięciu lat – *recidiva infraquiniennale*);
- zostało popełnione w czasie odbywania kary lub po jej odbyciu (tzw. recydywa prawdziwa, właściwa – *recidiva vera*);
- zostało popełnione w okresie, w którym skazany uchyla się od wykonania orzeczonej kary (tzw. recydywa udawana – *recidiva finta*) (zob. art. 99 ust. 2 w.k.k.).

Recydywa wielokrotnie obostrzona (*recidiva pluriaggravata*) ma miejsce w przypadku zbiegu okoliczności wskazanych w art. 99 ust. 2 (art. 99 ust. 3 w.k.k.). Z kolei recydywa ponowna (*recidiva reiterata*) zachodzi, zgodnie z art. 99 ust. 4 w.k.k., gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) zostaje popełnione przez sprawcę będącego już recydywistą. Wreszcie art. 99 ust. 5 w.k.k. reguluje instytucję tzw. recydywy obligatoryjnej¹⁰⁶ (*recidiva obbligatoria*), która zachodzi wówczas, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) należy do przestępstw wymienionych w artykule 407, ustęp 2, litera a) w.k.p.k. (wśród nich np. związek przestępczy o charakterze mafijnym, przestępstwa popełnione w celach terrorystycznych lub wywrotowych, handel substancjami odurzającymi, mord masy, zabójstwo umyślne, rozbój kwalifikowany, wymuszenia rozbójnicze).

W rozumieniu włoskiej ustawy karnej, za przestępstwa tego samego rodzaju uznaje się nie tylko przestępstwa naruszające ten sam przepis prawa,

w.k.k.). Włoski kodeks karny nie definiuje pojęcia „*delitto non colposo*”, ale często posługuje się nim. W doktrynie istnieją dwa nurty interpretacyjne: pierwszy utożsamia tę kategorię z przestępstwem umyślnym (*doloso*), drugi (przeważający) wskazuje, że „*delitti non colposi*” obejmują także „*delitti preterintenzionali*” lub „*aggravati dall'evento*”. Artykuł 43 zd. 2 w.k.k. przewiduje, że przestępstwo ma charakter preterintencjonalny (*preterintenzionale*), gdy z umyślnego czynu wynika skutek cięższy od tego, który sprawca zamierzał osiągnąć. Na potrzeby opracowania przyjęto tłumaczenie „*delitti non colposi*” jako przestępstwa nie nieumyślne.

¹⁰⁶ Instytucja recydywy obligatoryjnej, wprowadzona reformą z 2005 roku, została uznana przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z Konstytucją. Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z Konstytucją „art. 99 ust. 5 kodeksu karnego, w brzmieniu nadanym mu przez art. 4 ustawy, nr 251 z 2005, tylko w odniesieniu do słów „jest obligatoryjne i” („è obbligatorio e,»)”, zob. orzeczenie TK, nr 185 z dnia 23 lipca 2015, Gazz. Uff. 29 luglio 2015, n. 30 – Prima serie speciale. Szerzej na ten temat zob. C. Ruggiero, Brevi note a margine della dichiarazione di incostituzionalità della recidiva obbligatoria: una nuova battuta d'arresto per il diritto penale d'autore. Corte Costituzionale, Sentenza 23 luglio 2015, n. 185, artykuł dostępny na stronie: <http://www.filodiritto.com/articoli/2016/01/brevi-note-a-margine-della-dichiarazione-di-incostituzionalita-della-recidiva-obbligatoria-una-nuova-battuta-d-arresto.html>

ale także przestępstwa, które pomimo, że zostały przewidziane w różnych przepisach kodeksu karnego lub w różnych ustawach, posiadają w konkretnym przypadku wspólne podstawowe cechy (znamiona) ze względu na charakter stanowiących o nich faktów lub motywów, które doprowadziły do ich popełnienia (art. 101 w.k.k.). Z jednej strony powołana regulacja formułuje kryterium formalne, według którego rozpatruje się naruszenie tego samego przepisu prawa, z drugiej zaś, zasadnicze kryterium obiektywne (przedmiotowe) i subiektywne (podmiotowe). W świetle przytoczonej definicji można zatem przyjąć, że kryterium przestępstwa tego samego rodzaju stanowi nie tylko tożsamość kwalifikacji prawnej, ale także wspólne (podstawowe) cechy obu przestępstw – wywnioskowane z natury czynów albo z ich motywów¹⁰⁷. Trojaki charakter przestępstwa tego samego rodzaju stał się podstawą podziału przestępstw na następujące kategorie: przestępstwa homogeniczne ze względów strukturalnych (identyczność przedmiotu zamachu), przestępstwa homogeniczne przedmiotowo (identyczność okoliczności faktycznych) i przestępstwa homogeniczne podmiotowo (identyczność motywów)¹⁰⁸.

W odróżnieniu od Kodeksu karnego Zanardellego¹⁰⁹, który w art. 82 wymieniał szczegółowo typy czynów zabronionych, które należało uznać za przynależne do tego samego rodzaju, art. 101 w.k.k. klasyfikuje w ten sposób te przestępstwa, które, mimo, że opisane w różnych przepisach, w wyniku prawidłowo przeprowadzonej oceny sądu, wykazują zasadnicze cechy wspólne¹¹⁰. Jednorodzącość może być wywiedziona z przedmiotowego aspektu charakteru działania stanowiącego czyn bezprawny lub z aspektu podmiotowego stanowiącego motyw przestępstwa. Ocena taka powinna być dokonywana *in concreto*. Zdecydowanie mniejszościowy jest pogląd, wedle którego jednorodzącość przestępstw może być wywodzona z umieszczenia ich w ramach tego samego rozdziału lub podrozdziału kodeksu karnego, co wprowadzałoby stosowanie kryterium opartego na podstawie abstrakcyjnej i nie związanej z istotą sprawy¹¹¹.

Jednorodzącość przestępstw może być traktowana jako przejaw większej szkodliwości sprawcy lub jako element zwiększonej winy, w zależności od interpretacji przyjętej w odniesieniu do *ratio* instytucji recydywy. W każ-

¹⁰⁷ Zob. B. Janiszewski, Recydywa wielokrotna..., *op. cit.*, s. 78.

¹⁰⁸ F. Gianniti, *I reati della stessa indole*, Mediolan 1959, s. 78 i n.

¹⁰⁹ Kodeks karny Zanardellego przyjęty został dekretem z dnia 30 czerwca 1889 r. i obowiązywał od dnia 1 stycznia 1890 r.

¹¹⁰ Zob. A. R. Latagliata, który stwierdzał, że szeroka formuła art. 101 k.k. „ogranicza swobodę decyzyjną sądu poddając ją ontologicznemu kryterium oceny wywiedzionemu z analizy konkretnego przypadku”, *tenże*, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli 1958, s. 131.

¹¹¹ Więcej na ten temat zob. F. Lanotte, *La recidiva*, Università Degli Studi Di Torino, Dipartimento Di Giurisprudenza, 2014/2015 oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe, praca dostępna na stronie: http://www.ristretti.it/commenti/2015/luglio/pdf6/tesi_lanotte.pdf

dym razie, można go uznać za wskaźnik głębszego związku między uprzednim i nowym przestępstwem, co uzasadnia zaostrzenie kary.

W doktrynie dostrzeżono także, że istotne znaczenie dla wykładni art. 101 w.k.k. miała zmiana wprowadzona w drodze reformy z 2005 r., polegająca na zawężeniu recydywy wyłącznie do przestępstw nie będących nieumyślnymi. Ograniczyło to margines nieokreśloności, jaki pojawiał się przy ustalaniu jednorodności między przestępstwami umyślnymi i nieumyślnymi. Jak podnosi się w literaturze, obecnie zatem chodzi o ustalenie jednorodności między przestępstwami niebędącymi nieumyślnymi i naruszającymi różne przepisy czy to kodeksu czy ustawy szczególnej, czy też różnych ustaw szczególnych. Jednorodność jest oceniana według konkretnych realiów i pozostawiona do swobodnego uznania sądu, opartego na bazie jednej wspólnej cechy zasadniczej lub większej ich liczby¹¹².

W orzecznictwie Sądu Kasacyjnego wyrażono pogląd, że za przynależne do tej samej kategorii ze względu na wspólność cech zasadniczych można uznać przestępstwa, których obiektywne (przedmiotowe) okoliczności popełnienia są podobne lub kiedy warunki środowiskowe lub osobowe, w jakich zostały popełnione, wykazują znamiona ewidentnie świadczące o inklinacjach sprawcy do popełniania przestępstw tego samego typu. Chodzi również o sytuacje, gdy sposób działania, zastosowane środki lub sposób naruszenia chronionych dóbr prawnych świadczą o skłonności do tej samej techniki przestępczej. Konieczne jest zatem przeprowadzenie szczegółowej analizy poddanej swobodnej ocenie sądu, mającej na celu stwierdzenie lub wykluczenie istnienia powyższych cech¹¹³.

Na marginesie należy zauważyć, że włoski kodeks karny wyróżnia także przestępcę z nawyknięcia (art. 102–103 w.k.k.), przestępcę zawodowego (art. 105 w.k.k.) oraz przestępcę z tendencjami (skłonnościami) przestępczymi (art. 108 w.k.k.). Kryteria uznania sprawcy za należącego do jednego z wymienionych powyżej typów są sztywne. Zagadnienie przestępstwa tego samego rodzaju występuje przy określeniu nawyknięcia. Nawyknięcie (*abitualità*) domniemywane jest na podstawie ustawy (art. 102 w.k.k.) albo jest ustalane przez sędziego (art. 103 w.k.k.). Jak trafnie zauważa B. Janiszewski, to pierwsze stanowi w zasadzie postać recydywy wielokrotnej¹¹⁴. Za przestępcę z nawyknięcia uznaje się sprawcę, który po tym jak został skazany na karę pozbawienia wolności przekraczającą łącznie okres pięciu lat za trzy przestępstwa nie nieumyślne (*delitto non colposo*) o tym samym charakterze (tego samego rodzaju), popełnione w ciągu dziesięciu lat oraz niejednocześnie, zostaje ponownie skazany za przestępstwo nie nieumyślne

¹¹² M. Bertolino, Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, s. 1139.

¹¹³ Orzeczenie Sądu Kasacyjnego Sez. III z 16 grudnia 2010 r., nr 11954.

¹¹⁴ B. Janiszewski, Recydywa wielokrotna..., *op. cit.*, s. 83.

(*delitto non colposo*), tego samego charakteru (rodzaju), popełnione w ciągu kolejnych dziesięciu lat od daty ostatniego z poprzednich przestępstw. Do okresu dziesięciu lat wskazanych w powyższym postanowieniu nie wlicza się czasu, w którym skazany odbywał karę pozbawienia wolności lub został poddany środkom zabezpieczającym polegającym na pozbawieniu wolności (art. 102 w.k.k.). Przesłankami sędziowskiego stwierdzenia nawyknięcia są: skazanie za trzecie nieумыślne przestępstwo (*delitto non colposo*) oraz ustalenie przez sędziego negatywnej prognozy kryminalnej, opartej na rodzaju oraz wadze przestępstw, okresie czasu w jakim zostały popełnione, zachowaniu i sposobie życia sprawcy, jak również pozostałych okolicznościach wskazanych w art. 133 w.k.k.

Szczególną postacią nawyknięcia jest zawodowość. Sprawcą zawodowym jest ten, kto spełnia warunki konieczne dla stwierdzenia nawyknięcia (art. 102–104 w.k.k.) i zostaje ponownie skazany za inne przestępstwo, o ile można ustalić przy uwzględnieniu rodzaju przestępstw, zachowania oraz sposobu życia sprawcy, jak również pozostałych okoliczności wskazanych w art. 133, iż uczynił on z działalności przestępczej, choćby tylko częściowo, źródło stałego dochodu (art. 105 w.k.k.).

Włoski kodeks karny posługuje się także pojęciem skłonności przestępczych (*tendenza a delinquere*). Pojęcie to nie przyjmuje jednak recydywy za kryterium definicyjne¹¹⁵.

Niezależnie od konsekwencji recydywy przewidzianych w art. 99 w.k.k. oraz w innych szczegółowych postanowieniach włoskiego kodeksu karnego, stwierdzenie nawyknięcia, zawodowości albo skłonności do przestępstwa powoduje zastosowanie środków zabezpieczających (zob. art. 202–203 w.k.k.).

V. Wnioski

Przeprowadzone rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, iż ustawodawstwa obce w sposób zróżnicowany odnoszą się do kwestii ustalania określonej więzi (relacji) pomiędzy kolejnymi przestępstwami tworzącymi recydywę. Wyróżnić można w tym zakresie trzy podejścia: 1) oparcie recydywy na powrocie do jakiegokolwiek przestępstwa, 2) uzależnienie recydywy od wystąpienia relacji bliskości pomiędzy porównywanymi przestępstwami, 3) ujęcie mieszane, łączące wyżej wymienione elementy.

Wcale nie tak rzadkie w analizowanych regulacjach okazało się rozwiązanie pierwsze, przyjmujące koncepcję recydywy generalnej (ogólnej), rozumianej jako powrót do jakiegokolwiek przestępstwa z pominięciem warunku podobieństwa. Przykładem może być belgijski kodeks karny, w świetle którego zarówno recydywa do zbrodni, jak i występku ujęta jest jako gene-

¹¹⁵ Tak trafnie B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna...*, *op. cit.*, s. 84.

ralna. Podobne rozwiązanie, ale jedynie w odniesieniu do recydywy zbrodni obowiązuje we Francji. Jednocześnie zarówno belgijskie, jak i francuskie unormowanie różnicują konsekwencje recydywy w zależności od ciężaru gatunkowego popełnionych przestępstw (zbrodnia, występki, wykroczenie) i konfiguracji, w jakiej zostały popełnione. Według portugalskiego kodeksu karnego recydywę tworzą przestępstwa umyślne, niezależnie o tego, czy mają taki sam charakter. Należy jednak zauważyć, że nawet przy takim ujęciu recydywy dostrzega się znaczenie ustalenia bliskich związków pomiędzy wcześniejszym i późniejszym przestępstwem. Na gruncie portugalskiego kodeksu karnego funkcję taką pełni przesłanka materialna (art. 75 ust. 1 *in fine* p.k.k.), polegająca na konieczności oceny, czy poprzednie skazanie lub skazania nie stanowiły dla sprawcy wystarczającego ostrzeżenia przed popełnieniem przestępstwa.

Odmienne rozwiązanie przyjęto w hiszpańskim ustawodawstwie karnym wyróżniającym recydywę szczególną, dla bytu której wymaga się, aby uprzednie i nowe przestępstwo stypizowane były w tym samym tytule kodeksu karnego i posiadały taki sam charakter. Nie bierze się jednak pod uwagę uprzednich skazań za przestępstwa lekkie.

Mieszane ujęcie recydywy występuje w systemie prawa włoskiego, które obok recydywy prostej (*semplice*) wyróżnia m.in. recydywę szczególną (*specifica*). O ile ta pierwsza polega na popełnieniu przez sprawcę będącego prawomocnie skazanym za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) ponownie przestępstwa nie nieumyślnego (*delitto non colposo*), ale innego rodzaju, to ta druga zachodzi wówczas, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) jest tego samego rodzaju (ma taki sam charakter) co przestępstwo popełnione uprzednio. W tym nurcie plasuje się także francuski model recydywy, który zakłada, że nowe przestępstwo może być inne niż to popełnione wcześniej albo takie samo lub podobne do pierwszego przestępstwa. Recydywa w przypadku występków może być, a wykroczenia zawsze jest – szczególna. Jednocześnie we francuskim kodeksie karnym w sposób kazuistyczny określono, jakie typy występków uznaje się za takie same lub podobne w odniesieniu do recydywy.

Ustawodawstwa obce posługują się przy tym odmienną od polskiej terminologią. Odpowiedniki polskiej instytucji „przestępstwa podobnego” stanowią „przestępstwo wypływające z tej samej szkodliwej skłonności” (np. Austria), czy „przestępstwo tego samego charakteru (rodzaju)” (np. Włochy, Hiszpania). Ponadto, jak to wynika z przytoczonych wyżej rozwiązań, ustawodawstwa obce nie ograniczają recydywy jedynie do przypadków tożsamości kwalifikacji prawnej porównywanych przestępstw. Odwołują się także do innych przedmiotowych (obiektywnych) lub podmiotowych (subiektywnych) kryteriów ich pokrewieństwa. Kryterium przedmiotowe może polegać na tożsamości przedmiotu ochrony, tożsamości sposobu popełnienia przestęp-

stwa, z kolei podmiotowe wymaga tożsamości pobudek lub motywów. Zdecydowanie rzadziej unormowania dotyczące recydywy odwołują się do cech sprawcy powrotnego np. cech charakteru, czy skłonności do popełniania przestępstw. Eklektyczne rozwiązanie przyjęto w austriackim kodeksie karnym, który uzależnia recydywę kwalifikowaną od popełnienia trzeciego przestępstwa wypływającego z tej samej „szkodliwej skłonności”. To ostatnie pojęcie wyznaczają alternatywnie ujęte kryteria: tożsamości dobra prawnego, tożsamości rodzajowej niskich pobudek, jak również tożsamości wad charakteru w związku, z którymi popełniono dany czyn przestępny.

Odnosząc powyższe uwagi do polskiej koncepcji podobieństwa przestępstw, opartej na trzech niezależnych i samodzielnych kryteriach, można stwierdzić, że wyróżnia się ona na tle analizowanych unormowań obcych. Polskie rozwiązanie nie wydaje się nadmiernie kazuistyczne jak choćby unormowanie francuskie. Dla zaistnienia recydywy specjalnej podstawowej, o której mowa w art. 64 § 1 k.k. z 1997 r., nie ma znaczenia waga (ciężar gatunkowy) przestępstwa uprzedniego i ponownego tego samego sprawcy, jak również kolejność, w jakiej zostały one popełnione (tj. zbrodnie po zbrodni, występki po zbrodni, występki po występkach, zbrodnie po występkach)¹¹⁶. Podstawą tej odmiany recydywy jest układ dwóch podobnych do siebie przestępstw umyślnych. Stanowi to niewątpliwie zaletę polskiego rozwiązania. Należy jednak odnotować, iż dużo większy formalizm i schematyzm cechuje systemy prawne przyjmujące koncepcję recydywy generalnej (np. Belgia, w pewnym zakresie także Francja i Portugalia). Obostrzenie kary zależne jest wówczas od ciężaru gatunkowego popełnionego przestępstwa, stąd inaczej potraktowana jest recydywa przy zbrodniach, występkach i wykroczeniach.

Pozytywnie należy ocenić oparcie polskiej konstrukcji podobieństwa przestępstw na kryteriach przedmiotowych i podmiotowych¹¹⁷. Dużo więcej zastrzeżeń może wywoływać zastępowanie lub uzupełnianie podobieństwa przestępstw wskazaniem na cechy lub właściwości sprawcy powrotnego (np. skłonności do popełniania przestępstw, skłonności do uporczywego powracania do przestępstwa, naganny tryb życia). Trafnie podnosi się, że przesłanki tego typu są wysoce niedookreślone i w związku z tym pozostawiają nadmierną swobodę organowi stosującemu prawo¹¹⁸. Ponadto, oparcie re-

¹¹⁶ Należy jednak zauważyć, że przewidziane w § 1 lub 2 podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni (zob. art. 64 § 3 k.k.).

¹¹⁷ Trafnie zauważył B. Janiszewski, że jeśli uznaje się recydywę za okoliczność obciążającą, to odpowiednią funkcję w ramach podobieństwa przestępstw mogą pełnić takie kryteria jak podobieństwo przedmiotu ochrony, podobieństwo pobudek i motywów, tenże, Recydywa wielokrotna..., *op. cit.*, s. 158–159.

¹¹⁸ Tak P. Daniluk, *Przestępstwa podobne...*, *op. cit.*, s. 430–431; por. także B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna...*, *op. cit.*, s. 171.

cydywy na czynnikach o charakterze etiologicznym mogłoby prowadzić do przesunięcia karnoprawnej oceny – z oceny czynu na osobę sprawcy¹¹⁹.

Na tle wybranych rozwiązań zagranicznych polskie określenie podobieństwa przestępstw odznacza się pewną specyfiką. Ustawodawca polski zdecydował się, w odróżnieniu od analizowanych obcych kodeksów karnych, na wąskie ujęcie kryterium podmiotowego poprzez ograniczenie go wyłącznie do „celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Zabiegu tego nie sposób ocenić pozytywnie, zwłaszcza w kontekście funkcji przypisywanych przez ustawodawcę instytucji przestępstw podobnych. Mając na uwadze powyższe z aprobatą należy odnieść się do propozycji oparcia podmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw na kategorii zbiorczej, jaką jest motywacja zasługująca na potępienie, a nie na skonkretyzowanym przeżyciu psychicznym, jakim jest *de lege lata* cel osiągnięcia korzyści majątkowej¹²⁰.

Jeżeli chodzi o kryterium sposobu popełnienia porównywanych przestępstw, to jedynie rozwiązanie francuskie (w zakresie recydywy występku) *expressis verbis* wskazuje, że za takie samo przestępstwo uznaje się występkę związane z umyślnym użyciem przemocy wobec osoby. Na tle pozostałych analizowanych regulacji kryterium sposobu działania ma charakter samodzielny lub występuje jako kryterium dodatkowe (pomocnicze) stosowane dla ustalenia tożsamości charakteru przestępstwa. Na gruncie polskiego kodeksu karnego zbyt katoryczny wydaje się pogląd kwestionujący zasadność i przydatność posługiwania się kryterium sposobu działania sprawcy dla określenia podobieństwa przestępstw¹²¹. Oparcie podobieństwa przestępstw na kryterium wskazującym na sposób zachowania się sprawcy należy co do zasady ocenić pozytywnie. Dużo więcej wątpliwości może wywoływać aktualny kształt normatywny tego kryterium, który umożliwia nazbyt szeroką jego interpretację¹²². Na aprobatę zasługuje zgłoszony w doktrynie postulat *de lege ferenda* doprecyzowania pojęcia przemocy¹²³. Natomiast z pewną ostrożnością należy odnieść się do propozycji zawężenia kryterium podobieństwa przestępstw wyłącznie do przemocy wobec osoby i groźby użycia przemocy wobec osoby¹²⁴. Niewątpliwie przemoc kierowana wprost na ciało człowieka jawi się najczęściej jako bardziej społecznie szkodliwa niż przemoc poprzez zwierzę lub rzecz. Z drugiej jednak strony ponowne zastosowanie przemocy oddziałującej na pokrzywdzonego poprzez siłę fizyczną

¹¹⁹ Zob. B. Janiszewski, Recydywa wielokrotna..., *op. cit.*, s. 158–159.

¹²⁰ Szerzej na rzecz tego stanowiska zob. P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 443–446.

¹²¹ D. Pleńska, Zagadnienia recydywy..., *op. cit.*, s. 119–121. Autorka wskazała, że sposób działania stanowi jedynie o czysto zewnętrznym, powierzchownym podobieństwie przestępstw.

¹²² Tak też P. Daniluk, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 438.

¹²³ *Ibidem*, s. 436–438.

¹²⁴ *Ibidem*, s. 437–438.

skierowaną na zwierzę lub rzecz może wskazywać na trwałość negatywnych postaw sprawcy i świadczyć nawet o jego większym wyrafinowaniu. Bez wątpienia jednak wszelkie zmiany legislacyjne w zakresie tego przedmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw wymagałyby gruntownego przemyślenia.

Wreszcie, jeżeli chodzi o kryterium podobieństwa w postaci przynależności przestępstw do tego samego rodzaju, to należy zgodzić się z twierdzeniem, że charakteryzuje się ono zbyt dużą niejasnością i wieloznacznością, prowadząc do niejednolitości poglądów doktryny i rozbieżności w orzecznictwie¹²⁵. Biorąc pod uwagę funkcje, jakie pełni konstrukcja przestępstw podobnych, pożądane byłoby zatem doprecyzowanie w art. 115 § 3 k.k. pojęcia przestępstwa należącego do tego samego rodzaju¹²⁶.

Przyjęte w polskiej kodyfikacji karnej z 1997 r. określenie przestępstwa podobnego nie jest wprawdzie pozbawione wad i wywołuje nadal szereg wątpliwości interpretacyjnych, lecz zgłaszany w doktrynie postulat oparcia recydywy na samej tylko umyślności kolejnych przestępstw wydaje się zbyt kategoryczny. Warunek podobieństwa przestępstw ma szczególne znaczenie zwłaszcza w przypadku pierwszego powrotu do przestępstwa, przy którym zachodzi większe prawdopodobieństwo jego przypadkowości. Dodatkowo propozycja rezygnacji z kategorii przestępstw podobnych i oparcia recydywy na przesłance umyślności budzi pewne wątpliwości z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej prawa karnego.

Similarity between offences as an indication for juridical recidivism in Polish law, with comparison to foreign solutions

Abstract

This paper focuses on the similarity between offences as the indication for juridical recidivism in Polish law, compared to foreign solutions. Criteria for similarity of offences under Polish penal regulations are analysed, starting with the Penal Code of 1932. As a separate topic, the assessment is provided of whether foreign laws refer to the similarity relation between subsequent offences committed by the same offender. As a result of the analysis, the insight about the specificity of solutions adopted by Polish law is presented.

¹²⁵ Zob. J. Ba d z i a k, Kryteria przedmiotowe..., *op. cit.*, s. 44.

¹²⁶ Por. P. D a n i ł u k, Przestępstwa podobne..., *op. cit.*, s. 432 i n.

Grzywna kumulatywna a nadzwyczajne złagodzenie kary na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

Streszczenie

Opracowanie jest próbą znalezienia odpowiedzi na istniejące w doktrynie i orzecznictwie prawa karnego wątpliwości w odniesieniu do zasad stosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku zagrożenia kumulatywnego karą pozbawienia wolności oraz grzywny, przy czym dla lepszego zobrazowania wskazanej problematyki posłużono się typami czynów zabronionych opisanymi w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii z 2005 r. Ma ona zasadnicze znaczenie dla prawidłowego kształtowania sankcji wobec sprawców przestępstw narkotykowych i nie tylko tych przestępstw. Pojawiające się propozycje rozwiązania powyższej kwestii są na tyle rozbieżne i prowadzą do tak dalece zróżnicowanych skutków, że zasadnym jest podjęcie próby uporządkowania powyższego zagadnienia z uwzględnieniem zmian, jakie zostały w tym zakresie wprowadzone z dniem 1 lipca 2015 r.

I.

W doktrynie prawa karnego, a także w aktualnym orzecznictwie sądowym, można dostrzec trwającą od dłuższego czasu dyskusję i wątpliwości w zakresie stosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku występowania obok siebie w ustawowym zagrożeniu danego typu czynu zabronionego kary pozbawienia wolności oraz grzywny stosowanych jednocześnie (kumulatywnie). Taka sytuacja ma miejsce chociażby w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej też u.p.n.), przy czym dotyczy ona zarówno występków jak i zbrodni¹. Należy podkreślić, że wprowadzenie sankcji kumulatywnej ma niewątpliwie służyć zaostrzeniu odpowiedzialności prawnej sprawcy danego typu czynu zabronionego i jednoznacznie wskazuje na wyższy stopień społecznej szkodliwości takiego czynu w porównaniu do typów ustawowych, które sankcji kumulatywnej nie przewi-

¹ W zakresie występków grzywna kumulatywna obok kary pozbawienia wolności jest przewidziana w art. 55 ust. 1 u.p.n., art. 56 ust. 1 i 3 u.p.n. oraz art. 61 u.p.n., a w zakresie zbrodni w art. 53 ust. 2 u.p.n. oraz art. 55 ust. 3 u.p.n.

dują. Stwierdzenie powyższe powinno być brane pod uwagę przy analizie przedmiotowej problematyki jako jedno z podstawowych założeń pozwalających na prawidłowe zdekodowanie obowiązujących w tym zakresie norm prawnych.

Należy również zauważyć, że istotną zmianę w zakresie rozumienia powyższej problematyki wprowadziła nowelizacja Kodeksu karnego (dalej też k.k.) wprowadzona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396), która weszła w życie 1 lipca 2015 r. Ustawa ta zmieniła treść art. 38 § 1 k.k., w którym sformułowano zasadę, iż nadzwyczajny wymiar kary powinien dotyczyć wszystkich orzekanych za dany czyn zabroniony kar. Jednak dotychczas obowiązujące sformułowanie „w wypadku alternatywnego zagrożenia karami wymienionymi w art. 32 pkt 1–3” zastąpiono sformułowaniem „a ustawowe zagrożenie obejmuje więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3”. Jak wskazano w uzasadnieniu zmiany „Propozycja nowelizacji art. 38 § 1 k.k. ma na celu wypełnienie oczywistej luki. Przepis ten nie reguluje bowiem nadzwyczajnego łagodzenia albo zaostrzenia kary, gdy zagrożenie obejmuje przynajmniej dwie kary, które mają być orzeczone kumulatywnie”². Należy więc odróżnić dwa obowiązujące stany prawne, tj. sprzed daty 1 lipca 2015 r. oraz od tejże daty. Zmiana ta ma bowiem istotne znaczenie dla rozumienia powyższej problematyki.

Na marginesie wskazać należy, iż ta sama nowelizacja wprowadzona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw zmieniła w podobny sposób również treść art. 60 § 7 k.k., zastępując dotychczas obowiązujące sformułowanie „Jeżeli czyn zagrożony jest alternatywnie karami wymienionymi w art. 32 pkt 1–3” zastąpiono sformułowaniem „Jeżeli czyn zagrożony jest więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3”. Uzasadnienia powyższej zmiany trudno jednak się doszukać, a w każdym razie wydaje się, że ustawodawca nie do końca przemyślał wszystkie skutki mogące wynikać z owej modyfikacji.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 60 § 6 k.k. nadzwyczajne złagodzenie kary polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju według następujących zasad:

- 1) jeżeli czyn stanowi zbrodnię zagrożoną co najmniej karą 25 lat pozbawienia wolności, sąd wymierza karę pozbawienia wolności nie niższą od 8 lat,
- 2) jeżeli czyn stanowi inną zbrodnię, sąd wymierza karę pozbawienia wolności nie niższą od jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia,
- 3) jeżeli czyn stanowi występki, przy czym dolną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności nie niższa od roku, sąd wymierza grzywnę, karę ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności,

² Zob. pkt 7 uzasadnienia Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw – Druk nr 2393.

4) jeżeli czyn stanowi występki, przy czym dolną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności niższa od roku, sąd wymierza grzywnę albo karę ograniczenia wolności.

§ 7. Jeżeli czyn zagrożony jest więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3, nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–3, 7 i 8, środka kompensacyjnego lub przepadku; przepisu art. 61 § 2 nie stosuje się.

Pojawia się więc pytanie, jak należy stosować powyższy przepis do nadzwyczajnego łagodzenia kar obejmujących grzywny kumulatywne ?

W tym zakresie prezentowane są różne grupy poglądów:

- według pierwszego z nich stosując art. 60 k.k. w przypadku grzywny kumulatywnej należy nadzwyczajnie złagodzić jedynie karę pozbawienia wolności, zaś grzywnę stosuje się na zasadach ogólnych; stanowisko powyższe wyraził chociażby Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 23 marca 2006 r.³ stwierdzając, iż w przypadku, gdy zbrodnia zagrożona jest kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywną, nadzwyczajne złagodzenie kary, będące przecież instytucją wyjątkową w stosunku do ogólnych zasad wymiaru kary, odnosi się jedynie do kary pozbawienia wolności, nie dotyczy zaś grzywny, która w tej sytuacji winna być wymierzana właśnie na zasadach ogólnych; podobnie orzekł również na gruncie poprzedniego Kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 16 grudnia 1971 r.⁴ oraz w wyroku z dnia 21 stycznia 1987 r.⁵; stanowisko to za wciąż aktualne uznaje również Z. Ćwiakalski⁶, który zauważa, że w przypadku, gdyby nadzwyczajnie łagodzone jedynie karę pozbawienia wolności bez orzekania grzywny, to *de facto* zacierałaby się różnica między czynami zagrożonymi kumulatywnie a zagrożonymi karą jednostkową;
- według drugiego z poglądów stosując art. 60 k.k. w przypadku grzywny kumulatywnej należy nadzwyczajnie złagodzić jedynie karę pozbawienia wolności, a grzywny w ogóle nie stosować; stanowisko takie zaprezentował Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2016 r.⁷ oraz w wyroku z dnia 23 marca 2016 r.⁸ powołując się przy tym na poglądy doktryny, a to J. Raglewskiego⁹ i K. Siwka¹⁰; podobne stanowisko zdaje się prezentować również J. Majewski¹¹;

³ Sygn. II AKa 286/05, Lex nr 183571.

⁴ Sygn. VI KZP 7/71 OSP 1972, nr 9, poz. 155.

⁵ Sygn. V KRN 480/86 OSNPG 1987, nr 8, poz. 101.

⁶ Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Część 2. Komentarz do art. 53–116. WK 2016.

⁷ Sygn. II AKa 70/16, Lex 2025520.

⁸ Sygn. II AKa 63/16, Lex 2047161.

⁹ Kilka uwag w kwestii nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności oraz grzywną, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2008, nr 1.

¹⁰ Kara nadzwyczajnie złagodzona a zbrodnie, Prokuratura i Prawo 2013, nr 1.

¹¹ Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Lex 2015.

- według trzeciego z poglądów stosując art. 60 k.k. w przypadku grzywny kumulatywnej należy nadzwyczajnie złagodzić zarówno karę pozbawienia wolności (na zasadzie art. 60 § 6 k.k.) jak i karę grzywny (na zasadzie art. 60 § 7 k.k.); takie stanowisko zaprezentował Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 4 lipca 2016 r.¹² stwierdzając, iż w wypadku, gdy ustawowe zagrożenie obejmuje więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3 k.k., konieczne jest sięgnięcie do reguł nadzwyczajnego łagodzenia kar ujętych w przepisie art. 60 § 6 i 7 k.k.; wyprowadzony z zawartego w art. 38 § 1 k.k. sformułowania „każdej z tych kar” wniosek o ich odrębności w konsekwencji nakazuje w stosunku do kary pozbawienia wolności stosowanie reguł nadzwyczajnego złagodzenia zawartych w treści art. 60 § 6 pkt 2 k.k., a w zakresie orzeczenia grzywny reguł ujętych w art. 60 § 7 k.k., co prowadzi do odstąpienia od orzeczenia grzywny, a orzeczenia środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–3, 7 i 8 k.k., środka kompensacyjnego lub przepadku.

II.

Przechodząc do oceny powyższych stanowisk stwierdzić należy, że do dnia 1 lipca 2015 r. najbardziej uzasadnionym wydaje się stanowisko pierwsze, zgodnie z którym w przypadku grzywny kumulatywnej stosując art. 60 k.k. należy nadzwyczajnie złagodzić jedynie karę pozbawienia wolności, zaś grzywnę stosuje się na zasadach ogólnych.

Stanowisko to było w pełni uzasadnione na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (dalej też d.k.k.), który to kodeks nie przewidywał odpowiednika art. 38 § 1 aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r. Jednocześnie art. 57 d.k.k. nie przewidywał w ogóle regulacji będącej odpowiednikiem art. 60 § 7 k.k., a jedynie odpowiednik art. 60 § 6 k.k. Innymi słowy ustawa nie formułowała zasady nadzwyczajnego wymiaru kary w stosunku do wszystkich grożących kar, ponadto określała sposób łagodzenia jedynie kary pozbawienia wolności.

Po wejściu w życie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (obowiązującej od 1 września 1998 r.) sytuacja ta nie uległa zasadniczej zmianie, gdyż art. 38 § 1 k.k. regulował przedmiotową zasadę jedynie w odniesieniu do kar grożących alternatywnie (a nie kumulatywnie). Podobnie art. 60 § 7 k.k. dotyczył tylko alternatywnego zagrożenia karami, które kodeks przewidywał w stosunku do drobniejszych typów czynów zabronionych. Oznacza to, iż do dnia 1 lipca 2015 r. nie istniała regulacja nakazująca złagodzenie kumulatywnej kary grzywny w przypadku nadzwyczajnego łagodzenia kary pozbawienia wolności, co zresztą dostrzegł ustawodawca stwierdzając

¹² Sygn. II AKa 223/16, Lex nr 2157748.

w uzasadnieniu zmian, iż mamy do czynienia z luką prawną. Oznacza to, że Sąd stosując nadzwyczajne złagodzenie kary pozbawienia wolności mógł orzec jednocześnie karę grzywny przewidzianą kumulatywnie w granicach przewidzianych dla tej grzywny bez jej nadzwyczajnego złagodzenia. Przecież już taka kara była łagodniejsza dla samego sprawcy niż ta orzeczona wobec niego na zasadach ogólnych. Jednocześnie skoro ustawodawca przewidział za dane przestępstwo karę grzywny kumulatywnie z karą pozbawienia wolności to jego wolą było, aby obie te kary były stosowane. Przyjęcie założenia, że nadzwyczajne złagodzenie kar kumulatywnych oznacza nadzwyczajne złagodzenie kary pozbawienia wolności i rezygnację z grzywny jest sprzeczne z celami ustawodawcy i prowadzi do nieakceptowalnych konsekwencji w zakresie polityki karnej. Powstaje bowiem sytuacja, w której wobec sprawcy albo orzekana jest surowa kara pozbawienia wolności i surowa grzywna (np. w przypadku art. 55 ust. 3 u.p.n.) albo łagodna kara pozbawienia wolności (często z warunkowym zawieszeniem) i nic poza tym. Nie pozostawia się natomiast sądowi możliwości kształtowania kary pośredniej, tj. dolegliwej z punktu widzenia grzywny, a łagodniejszej z punktu widzenia kary pozbawienia wolności (np. z warunkowym zawieszeniem jej wykonania). Stanowisko to należy więc odrzucić. Jeszcze raz podkreślić należy, że do 1 lipca 2015 r. Kodeks nie przewidywał zasady nakazującej jednocześnie złagodzenie wszystkich kar przy karach kumulatywnych, nie sposób więc uznać, że wymierzenie grzywny obok nadzwyczajnie złagodzonej kary pozbawienia wolności było nieprawidłowe. Zasady te będą mieć znaczenie orzecznicze w przypadku orzekania przez sądy z wykorzystaniem norm określonych w art. 4 k.k.

Sytuacja uległa zmianie w dniu 1 lipca 2015 r. gdy weszła w życie wspomniana już nowelizacja wprowadzona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie bowiem z aktualnym brzmieniem art. 38 § 1 k.k. stosując nadzwyczajne złagodzenie kary sąd zobligowany jest do nadzwyczajnego złagodzenia zarówno kary pozbawienia wolności jak i kumulatywnie przewidzianej obok niej grzywny.

Abstrahując od oceny celowości przyjętego rozwiązania stwierdzić należy, że nawet po tej zmianie stanowisko drugie nie zasługuje na uwzględnienie. W przypadku bowiem kar alternatywnie przewidzianych sąd w rzeczywistości stosuje zawsze jedną z nich i dlatego do tej sytuacji należy odnosić regulację art. 60 § 7 k.k. Jeśli bowiem sąd uzna, że kara pozbawienia wolności przewidziana alternatywnie jest zbyt surowa, może orzec ograniczenie wolności lub grzywnę. Jednak nawet jeśli i te kary uzna za zbyt surowe, może odstąpić od wymierzenia kary i orzec środki karne, kompensacyjne lub przepadek. W przypadku jednak grzywny o charakterze kumulatywnym zgodzić należy się z poglądem trzecim, iż w takiej sytuacji należy nadzwyczajnie

złagodzić karę pozbawienia wolności na zasadzie art. 60 § 6 k.k., a karę grzywny kumulatywnej na zasadzie art. 60 § 7 k.k., co otwiera możliwość stosowania powyższych środków, jak choćby świadczenia pieniężnego z art. 39 pkt 7 k.k. Skoro bowiem obie te kary mają charakter obligatoryjny i zgodnie z wolą ustawodawcy od 1 lipca 2015 r. łagodzone powinny być łącznie, to brak powodów, dla których sąd nie miałby orzekać w miejsce kumulatywnej grzywny innych środków, chociażby wspomnianego świadczenia pieniężnego. W przeciwnym wypadku sprawca poważnych przestępstw (np. art. 55 ust. 3 u.p.n.) byłby niejako podwójnie premiowany w stosunku do sprawców przestępstw zagrożonych sankcją pojedynczą (które w założeniu noszą niższy stopień społecznej szkodliwości).

W żadnym zaś razie nie można do sankcji kumulatywnych odnosić literalnie wyłącznie art. 60 § 7 k.k., gdyż wykładnia taka prowadziłaby do absurdalnych skutków oraz powstania istotnej luki w możliwości racjonalnego kształtowania sankcji karnych w stosunku do sprawców wskazanej kategorii przestępstw¹³. Nie taki zdaje się również był cel ustawodawcy wprowadzającego nowelizację z dnia 20 lutego 2015 r. Przepis ten powinien być rozumiany zwięźdajaco, iż odnosi się on wprost tylko do sankcji alternatywnie przewidzianych, przy czym nie zawsze muszą to być wszystkie możliwe sankcje określone w art. 32 pkt 1–3 k.k. na raz, ale niekiedy mogą być one przewidziane alternatywnie w różnych konfiguracjach. W przypadku sankcji kumulatywnych znaleźć zastosowanie powinny (od dnia 1 lipca 2015 r.) zarówno art. 60 § 6 k.k. w zakresie kary pozbawienia wolności, jak i art. 60 § 7 k.k. w zakresie kary grzywny.

Na marginesie zmiany wprowadzone ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw ocenić należy krytycznie. O wiele lepszym z punktu widzenia polityki karnej była możliwość stosowania przez sądy nadzwyczajnego złagodzenia kary pozbawienia wolności z możliwością jednoczesnego orzekania grzywny kumulatywnej. Pozbawienie sądów możliwości kształtowania dolegliwości przy nadzwyczajnym złagodzeniu kary pozbawienia wolności w oparciu o karę grzywny kumulatywnej niezmiennie ogranicza kształtowanie trafnej represji wobec sprawców przestępstw i niejednokrotnie będzie prowadziło do sytuacji, gdy sprawca kilku przestępstw przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii poniesie surowsze konsekwencje za występki przewidujące kumulatywną grzywnę niż za nadzwyczajnie złagodzone sankcje kumulatywne w przypadku przewidzianych w tej ustawie zbrodni. Należałoby postulować do ustawodawcy, aby przywrócił poprzednie brzmienie art. 38 § 1 k.k. oraz art. 60 § 7 k.k., względnie aby wprost i jednoznacznie określił, jak powinna

¹³ Podobnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 4 lipca 2016 r., sygn. II AKa 223/16, Lex nr 2157748.

wyglądać sankcja nadzwyczajnie złagodzona przy grzywnach kumulatywnych w przypadku pozostawienia aktualnego brzmienia art. 38 § 1 k.k. Jednocześnie postulować należy, aby nawet przy pozostawieniu aktualnego brzmienia art. 38 § 1 k.k. nie rezygnować całkowicie z możliwości orzeczenia grzywny kumulatywnej choćby w ograniczonych ramach.

III.

Podsumowując stwierdzić należy co następuje.

W doktrynie i orzecznictwie prawa karnego istnieją rozbieżności co do zasad nadzwyczajnego łagodzenia kary w przypadku grzywny przewidzianej kumulatywnie obok kary pozbawienia wolności.

Dodatkowo stan ten pogłębia fakt dokonanych nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. zmian treści art. 38 § 1 k.k. oraz art. 60 § 7 k.k.

W przypadku orzekania w aktualnym stanie prawnym (tj. od dnia 1 lipca 2015 r.) sąd stosując art. 60 k.k. w przypadku typów czynów zabronionych zagrożonych kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywny powinien nadzwyczajnie łagodzić karę pozbawienia wolności na zasadzie art. 60 § 6 k.k. z jednoczesnym nadzwyczajnym łagodzeniem kary grzywny kumulatywnej poprzez wykorzystanie regulacji z art. 60 § 7 k.k.

Cumulative fines versus extraordinary mitigation of punishment under the Act on Counteracting Drug Addiction

Abstract

This contribution attempts to resolve doubts among legal academics and commentators and in criminal-law judicial decisions, concerning the rules governing the application of extraordinary mitigation of punishment in the event of a potential cumulative penalty of deprivation of liberty and a fine. For better illustration of the problem, the types of prohibited acts described in the Act of 2005 on Counteracting Drug Addiction are referred to. The Act is considered essential for proper determination of sanctions against perpetrators of drug-related and other crimes. As the existing proposals to solve the issue are inconsistent and leading to very diversified consequences, it is found reasonable to try to set things straight with due consideration given to amendments introduced on 1 July 2015.

Damian Wąsik

Prawnokarne aspekty wytwarzania i obrotu wyrobami medycznymi

Streszczenie

Artykuł dotyczy zasad wprowadzania do obrotu i używania wyrobów medycznych, wynikających z ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 211) oraz znamion przestępstw, których przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo obrotu narzędziami i aparaturą medyczną, a także przybliża na konkretnych, przykładach charakter i przyczyny stwierdzanych wad w wyrobach medycznych oraz ich potencjalne i faktyczne skutki.

I. Wprowadzenie

Współczesny model opieki nad pacjentem wymaga zapewnienia przez podmioty lecznicze najwyższej jakości wyrobów medycznych, stanowiących najczęściej – obok umiejętności, doświadczenia i kwalifikacji członków personelu medycznego – warunek osiągnięcia zamierzonego celu terapeutycznego. Rozwój technologii medycznej niewątpliwie przekłada się na skuteczność leczenia chorych, ale również redukuje niedogodności wynikające z niepełnosprawności i poprawia ogólną jakość życia na etapie rekonwalescencji. Sprzęt i aparatura medyczna powinny cechować się niezawodnością i wydajnością, muszą pozwalać na utrzymanie określonych parametrów w środowisku opieki nad pacjentem, a nade wszystko stanowić narzędzia i instrumenty adekwatne do charakteru udzielanych świadczeń zdrowotnych. Z tych względów bezpieczeństwo opieki nad pacjentem, zwłaszcza hospitalizowanym, warunkowane jest m.in. zapewnieniem przez szpitale urządzeń skutecznych, ale i bezpiecznych.

W piśmiennictwie słusznie podkreśla się, że wyroby medyczne z uwagi na swoje właściwości, zastosowanie i konsekwencje ich wadliwego działania, nie mogą być traktowane jak każdy inny produkt. Wprowadzanie do obrotu wyrobów medycznych poprzedzone jest każdorazowo badaniem ich efektywności w warunkach maksymalnie zbliżonych do realiów leczenia pacjentów, dla których są one przeznaczone. Zanim wyroby medyczne będą zastosowane, pracownicy medyczni powinni być zapoznani ze spektrum działania leku lub rodzajami możliwych działań niepożądanych ich stosowania, względnie odpo-

wiednio przeszkoleni w zakresie użytkowania sprzętu i aparatury medycznej, reagowania na potencjalne zdarzenia niepożądane, zaś sam sprzęt – o ile nie ma charakteru jednorazowego – musi być utrzymywany w należytym stanie technicznym¹. Zakład leczniczy, a zwłaszcza szpital jest zobowiązany do zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa pobytu i bezpieczeństwa zabiegów medycznych. Oznacza to, że stosując różną aparaturę, urządzenia medyczne, sprzęt diagnostyczny, narzędzia chirurgiczne itp. musi dbać o to, by były one niewadliwe, przy czym wady te mogą mieć charakter konstrukcyjny, produkcyjny tudzież wynikać z braku odpowiedniej konserwacji lub kontroli sprzętu medycznego lub z jego zużycia na skutek przekroczenia okresu bezpiecznej używalności albo też niewłaściwego używania².

Takie zagadnienia, jak zasady wprowadzania do obrotu i do używania wyrobów medycznych, zasady dokonywania ich oceny klinicznej, zasady sprawowania nadzoru nad wytwarzaniem wyrobów i wprowadzaniem ich do obrotu i do używania, procedury oceny zgodności wyrobów, wymagania zasadnicze dotyczące wyrobów, obowiązki importerów i dystrybutorów wyrobów, czy też zasady używania i utrzymywania wyrobów normują szczegółowo przepisy ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych³.

Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych zawiera m.in. legalną definicję wyrobu medycznego (art. 2 pkt 38 u.w.m.), pod którym rozumieć należy narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

¹ B. Sygit, D. Wąsik, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2016, s. 152.

² M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 272–273. Nieprawidłowości w zakresie wytwarzania wyrobów medycznych, jak również ewentualne skutki nadużyć nie były dotychczas przedmiotem pogłębionych analiz, na co wskazuje niewielka liczba artykułów na ten temat. Wśród prac opublikowanych na szczególną uwagę zasługują np. B. Kurzępa, *Przestępstwa z ustawy o wyrobach medycznych*, *Ius et Administratio* 2004, nr 2, s. 67–75; J. Budzowska, *Wyrób medyczny a odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny*, *PiM* 2013, nr 1–2, s. 28–34; J. Grzanka, *Kilka uwag na temat przestępstw związanych z wprowadzaniem do obrotu i używania wyrobów medycznych*, *NKPK* 2008, t. 22, s. 73–89; M. Boratyńska, *Deliktowe reperkusje przetargu na wyrób medyczny: śmiertelne skutki zabiegu z użyciem niewłaściwego narzędzia (uwagi na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r.)*, *PiM* 2016, nr 2, s. 97–121; K. Bączyk-Rozadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone pacjentom w związku z użyciem wadliwego lub niesprawnego sprzętu medycznego*, *PiM* 2002, nr 11, s. 56 i nast.; D. Wąsik, T. Kuczur, *Karalność nieprawidłowości i uchybień przy prowadzeniu badań klinicznych wyrobów medycznych w ujęciu zasady nullum crimen sine lege certa*, (w:) S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Gracka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 285–293.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 211).

a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia, c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego, d) regulacji poczęć – który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Nadmienić należy, że wspomniany akt prawny ma doniosłe znaczenie nie tylko dla prawa medycznego, czy szerzej rzecz ujmując – prawa ochrony zdrowia, ale również dla materii prawa karnego, z uwagi na zawarcie w nim szeregu przepisów penalizujących określone zachowania związane z wytwarzaniem i obrotem wyrobami medycznymi.

II. Zasady wprowadzania do obrotu i używania wyrobów medycznych

Przed przystąpieniem do prezentacji założeń polityki karnej dotyczącej zwalczania nadużyć związanych z produkcją i sprzedażą urządzeń medycznych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa ich użytkowników, należy wymienić i scharakteryzować na gruncie ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych najważniejsze zasady wprowadzania wyrobów medycznych do obrotu i używania. Do tych należą w szczególności:

- 1) zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów niebezpiecznych,
- 2) zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów przeterminowanych,
- 3) zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów wprowadzających w błąd,
- 4) zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów niezgodnych z wymaganiami.

Zgodnie z art. 6 u.w.m. zabrania się wprowadzania do obrotu, wprowadzania do używania, przekazywania do oceny działania, dystrybuowania, dostarczania, udostępniania, instalowania, uruchamiania i używania wyrobów, które stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa, życia lub zdrowia pacjentów, użytkowników lub innych osób, przekraczające akceptowalne granice ryzyka, określone na podstawie aktualnego stanu wiedzy, kiedy są prawidłowo dostarczone, zainstalowane, utrzymywane oraz używane zgodnie z ich przewidzianym zastosowaniem. Wyartykułowany w wymienionym przepisie zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów niebezpiecznych zakłada, że wyrób nie może być przedmiotem obrotu gospodarczego w obszarze usług medycznych i usług je wspierających, jeżeli stwarza on zagrożenie dla bezpieczeństwa, życia i zdrowia pacjentów, użytkowników i innych osób w stopniu przekraczającym akceptowalne granice ryzyka użytkowania takiego wyrobu, ocenianych z perspektywy aktualnej wiedzy medycznej i technicznej. Test dopuszczalnego ryzyka będzie dla oceny wyrobu pozytywny,

jeżeli jego stosowanie niesłoby ze sobą istotne korzyści i wsparcie w procesie diagnostyki lub terapii, a zagrożenie zdrowia oceniane byłoby jako czysto hipotetyczne, o niewielkim stopniu nasilenia, nieprzyjmujące charakteru niebezpieczeństwa powszechnego, natomiast możliwe dolegliwości zdrowotne miałyby się sprowadzać jedynie do przejściowych i niegroźnych zakłóceń czynności organizmu i to w jednostkowych przypadkach. Czas poprawy zdrowia musi też wyraźnie przewyższać skalę ewentualnych powikłań oraz skomplikowanie, okres i koszty ich leczenia. Istotne jest w tej sytuacji w miarę precyzyjne określenie przeciwwskazań do korzystania z wyrobu medycznego. Za wyroby niebezpieczne powinny być uznane w tym kontekście wyroby, których eksploatacja niesie ze sobą wysokie prawdopodobieństwo porażenia prądem pacjenta albo członków personelu medycznego, poddania pacjenta nadmiernemu promieniowaniu, powodowania wybuchu lub pożaru w czasie i w miejscu użytkowania (uruchamiania) wyrobu medycznego, jeśli zdarzenia te mają związek właśnie z działaniem wyrobu, powodowania ryzyka zaostrzenia choroby, groźnych zakażeń, nieodwracalnych uszkodzeń narządów wewnętrznych itp.⁴

W myśl art. 7 u.w.m. zabrania się wprowadzania do obrotu, wprowadzania do używania, dystrybuowania, dostarczania, udostępniania, instalowania, uruchamiania i używania wyrobów, dla których upłynął termin ważności lub został przekroczony czas lub krotność bezpiecznego używania, określone przez wytwórcę. Krotność używania może wynikać bądź to ze specyfiki wyrobu medycznego, bądź z przewidywanej przez wytwórcę przydatności do użycia, gdy każde kolejne uruchomienie wyrobu może powodować stopniowe obniżenie jakości lub dokładności jego pracy⁵.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.w.m. zabrania się wprowadzania do obrotu, wprowadzania do używania, dystrybuowania, dostarczania i udostępniania wyrobów, których nazwy, oznakowania lub instrukcje używania mogą wprowadzać w błąd co do właściwości i działania wyrobu przez: 1) przypisanie wyrobowi właściwości, funkcji i działań, których nie posiada, 2) stwarzanie fałszywego wrażenia, że leczenie lub diagnozowanie za pomocą wyrobu na pewno powiedzie się, lub nieinformowanie o spodziewanym ryzyku związanym z używaniem wyrobu zgodnie z jego przewidzianym zastosowaniem lub w okresie dłuższym niż przewidziany, 3) sugerowanie zastosowania lub właściwości wyrobu innych niż deklarowane przy wykonaniu oceny zgodności. Ponadto w ust. 2 wymienionego przepisu zaznaczono, że materiały promocyjne, prezentacje i informacje o wyrobach nie mogą wprowadzać w błąd określony w ust. 1. Tym samym błąd, o którym mowa w wymienionym przepisie sprowadza się do sfer specyfikacji wyrobu medycznego (art. 8 ust. 1

⁴ N. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 47–48.

⁵ *Ibidem*, s. 49.

pkt 1 i 3 u.w.m.), skuteczności i przewidywalności rezultatu jego używania w procesach terapeutycznym lub diagnostycznym (art. 8 ust. 1 pkt 2 u.w.m.), a także procesu informacyjnego na temat wyrobu medycznego (art. 8 ust. 2 u.w.m.). Wszystkie te obszary, w ocenie ustawodawcy, są na tyle istotne, że naruszenie reguł wiarygodności w którejkolwiek z nich skutkuje zakazem wprowadzenia do obrotu i używania określonego urządzenia medycznego⁶.

Stosownie do art. 10 ust. 1 u.w.m. zabrania się wprowadzania do obrotu wyrobów, jeżeli dotyczące ich certyfikaty zgodności utraciły ważność, zostały wycofane lub zawieszone. W ust. 2 przepisu ustawodawca przewidział też, że zabrania się dostarczania i udostępniania osobom, które nie są profesjonalnymi użytkownikami, z przeznaczeniem do samodzielnego używania, wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro* innych niż wyroby, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 39 lit. b i c (tzn. pojemnik na próbki przeznaczony przez wytwórcę do bezpośredniego przechowywania oraz zabezpieczenia próbek pobranych z organizmu ludzkiego do badania diagnostycznego *in vitro*, a także sprzęt laboratoryjny ogólnego zastosowania, jeżeli ze względu na jego właściwości jest specjalnie przeznaczony przez wytwórcę do użycia w badaniach diagnostycznych *in vitro* – przyp. aut.), lub wyroby do samokontroli. Należy podnieść, że ocena zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi powinna uwzględniać realne ryzyko działań niepożądanych (ze wskazaniem ich potencjalnych źródeł, przyczyn, skali, charakteru i skutków) oraz ocenę kliniczną. Wśród wymagań zasadniczych dotyczących projektu i wykonania wyrobu medycznego istotne jest zapewnienie odpowiednich właściwości chemicznych, fizycznych i biologicznych. Na to zagadnienie składają się takie problemy, jak dobór materiałów do wytworzenia wyrobu pod kątem toksyczności i łatwopalności, zgodność użytych materiałów z tkankami biologicznymi, komórkami i płynami ustrojowymi, na które wyrób miałby oddziaływać docelowo lub ubocznie, minimalizacja ryzyka zanieczyszczenia lub skażenia, na które mogłyby być narażone osoby podczas transportu, przechowywania lub używania wyrobów medycznych, a także zapewnienie zgodności i właściwego działania z produktami leczniczymi, jeżeli te stanowią integralną część wyrobu medycznego lub są konieczne do stosowania podczas użytkowania wyrobu. Co więcej wyroby medyczne muszą być zaprojektowane i wytwarzane tak, by wyeliminować lub zmniejszyć ryzyko zakażenia pacjenta lub innych osób, które miałyby styczność z takimi wyrobami. W tym celu tkanki pochodzenia zwierzęcego, jeżeli są wykorzystywane do produkcji wyrobów medycznych, muszą pochodzić od zwierząt poddanych kontroli weterynaryjnej, wyroby w stanie sterylnym muszą być

⁶ Zob. również Z. Okoń, M. Świerczyński, Reklama wyrobów medycznych, PiP 2004, nr 10, s. 47–57; W. Iwaniec, Zamawianie wyrobów medycznych, Zam. Pub. Dor. 2012, nr 1, s. 71–77; I. Skubiszak-Kalinowska, Dostawy leków oraz wyrobów medycznych w orzecznictwie, Zam. Pub. Dor. 2013, nr 4, s. 29–37.

umieszczone w opakowaniach jednorazowego użytku (względnie powinny być wysterylizowane odpowiednimi metodami i we właściwych warunkach), a same opakowania powinny wyraźnie wskazywać na sterylność wyrobu, jak również zapewniać utrzymanie wyrobu na zakładanym przez wytwórcę poziomie czystości mikrobiologicznej⁷.

III. Przestępstwa przeciwko zasadom wprowadzania do obrotu i wytwarzania wyrobów medycznych

Stosowanie w praktyce przepisów karnych ustawy o wyrobach medycznych wymaga częstokroć sięgania do przepisów szczegółowo regulujących określone zagadnienie, w wielu przypadkach w aktach wykonawczych do ustawy, co wybitnie utrudnia wykładnię przepisów prawnokarnych. Tymczasem to od ustalenia dóbr chronionych przez przepisy, podmiotu i przedmiotu przestępstwa, czy też sprecyzowania strony podmiotowej i przedmiotowej, zależy skuteczność ścigania i karania sprawców określonych w nim przestępstw. Należy pamiętać, że występki wyszczególnione w rozdziale 13 ustawy o wyrobach medycznych są ścigane z urzędu⁸.

Przestępstwa przeciwko zasadom wprowadzania do obrotu, używania, dystrybucji, dostarczania lub udostępniania wyrobów medycznych zostały określone w art. 92–98 u.w.m. oraz w art. 100 u.w.m. Katalog ten tworzą następujące czyny zabronione: wprowadzanie do obrotu wyrobów wprowadzających w błąd co do nazwy, oznakowania lub instrukcji używania (art. 92 ust. 1 u.w.m.), wprowadzanie do używania, dystrybuowanie, dostarczanie lub udostępnianie wyrobów wprowadzających w błąd co do nazwy, oznakowania lub instrukcji używania (art. 92 ust. 2 u.w.m.), rozpowszechnianie informacji o wyrobach, które mogą wprowadzić w błąd (art. 92 ust. 3 u.w.m.), wprowadzenie do obrotu wyrobu bez przeprowadzenia oceny zgodności (art. 93 u.w.m.), wprowadzanie do obrotu wyrobów z nieważnym, zawieszonym lub wycofanym certyfikatem zgodności (art. 94 ust. 1 u.w.m.), dostarczenie lub udostępnienie użytkownikom nieprofesjonalnym określonych w ustawie wyrobów do diagnostyki *in vitro* (art. 94 ust. 2 u.w.m.), niezgodne z prawem wprowadzanie do obrotu systemów lub zestawów zabiegowych albo sterylizacji i wprowadzanie do obrotu systemów, zestawów zabiegowych lub wyrobów medycznych oznakowanych znakiem CE (art. 95 u.w.m.), dostarczanie, udostępnianie i dystrybucja wyrobów niespełniających wymagań ustawo-

⁷ N. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 89–90.

⁸ D. Wąsik, *Przestępstwa przeciwko zasadom wprowadzania do obrotu, wprowadzania do używania, dystrybucji, dostarczania lub udostępniania wyrobów medycznych*, *Almanach Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych* 2014, vol. 9, s. 60–70.

wych (art. 96 u.w.m.), wprowadzenie do obrotu, dostarczanie i udostępnianie wyrobu z naruszeniem zasad oznakowania w zrozumiały sposób (art. 97 u.w.m.), wprowadzanie do obrotu lub używania, dystrybucja, dostarczanie lub udostępnianie wyrobu przeterminowanego albo zużytego (art. 98 u.w.m.), a także niedokonanie wymaganego prawem zgłoszenia wyrobu medycznego lub aktualizacji danych (art. 100 u.w.m.)⁹.

Dobrem chronionym ogólnym we wszystkich przypadkach wyszczególnionych w art. 92–98 u.w.m. jest bezpieczeństwo używania wyrobów medycznych. Przepis art. 100 u.w.m., który chroni przede wszystkim prawidłowe funkcjonowanie organu administracji rządowej – Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Środków Biobójczych w zakresie dostarczenia informacji niezbędnych do sprawowania nadzoru nad krajowym rynkiem wyrobów medycznych. Niemniej jednak z uwagi na istotne znaczenie dokonywania wymienionych w art. 58 u.w.m. zgłoszeń i powiadomień, tudzież aktualizacji danych dla procedur wprowadzania wyrobów medycznych do obrotu, zasadnym jest zestawianie występków z art. 100 u.w.m. obok przestępstw z art. 92–98 u.w.m.¹⁰

Zgodnie z art. 92 ust. 1 u.w.m. kto wprowadza do obrotu, wprowadza do używania, dystrybuje, dostarcza lub udostępnia wyroby, których nazwy, oznakowania lub instrukcje używania wprowadzają w błąd, o którym mowa w art. 8 ust. 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W ust. 2 wymienionego przepisu przewidziano, że tej samej karze podlega, kto rozpowszechnia dotyczące wyrobów informacje lub materiały promocyjne, wprowadzające w błąd, o którym mowa w art. 8 ust. 1, albo prezentuje wyroby w sposób wprowadzający w taki błąd. Ponadto zgodnie z art. 92 ust. 1 u.w.m. kto rozpowszechnia informacje o wyrobach, które mogą wprowadzać w błąd, o którym mowa w art. 8 ust. 1, podlega grzywnie. Przestępstwa określone w art. 92 u.w.m. mają charakter przestępstw powszechnych, z tym zastrzeżeniem, że w praktyce mogą być one najczęściej popełniane przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą w zakresie wprowadzania do obrotu, importu i dystrybucji wyrobów medycznych, względnie pracownicy tych podmiotów. Przestępstwa określone w art. 92 ust. 1 i 2 u.w.m. mają charakter przestępstw materialnych i zostają popełnione z chwilą udostępnienia wyrobu w celu jego używania lub dystrybucji, przestępstwo z art. 92 ust. 3 u.w.m. jest z kolei przestępstwem formalnym (bezsukutowym), albowiem ustawodawca nie wymaga, by rozpowszechniana informacja o wyrobie lub udostępnienie dotyczących go materiałów promocyjnych, prezentacji, broszur informacyjnych

⁹ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 306–307.

¹⁰ D. Wąsik, *Przestępstwa przeciwko zasadom...*, s. 60–70.

wprowadziła w błąd adresata informacji¹¹. O ile zachowanie sprawcy wprowadzania wyrobu do obrotu, do używania, dystrybucji, dostarczania i jego udostępniania polega na działaniu, o tyle rozpowszechnianie informacji mogących wprowadzać w błąd może przybrać formę zarówno działania (np. przypisywanie wyrobowi właściwości, funkcji i działań, których ten nie posiada, stwarzanie fałszywego wrażenia o niepodważalnej skuteczności stosowania wyrobu), jak i zaniechania (nieinformowanie o ryzyku związanym ze stosowaniem wyrobu). Przestępstwa z art. 92 u.w.m. popełnić można zarówno umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym, jak również nieumyślnie (gdy przyczyną popełnienia przestępstwa jest niedbałe, wybiórcze zbadanie rzeczywistych właściwości lub warunków użytkowania wyrobu medycznego przed jego pierwszym udostępnieniem)¹².

W myśl art. 93 u.w.m. kto wbrew obowiązкови przeprowadzenia oceny zgodności wyrobu, o którym mowa w art. 13 ust. 1, dopuszcza do wprowadzenia do obrotu wyrobu bez przeprowadzenia tej oceny, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Dobrem chronionym w art. 93 u.w.m. jest bezpieczeństwo używania wyrobu medycznego. Wynika to bezpośrednio z założeń oceny zgodności wyrobu, sprawdzających się w szczególności do wnikliwego sprawdzania rodzaju, klasyfikacji i przeznaczenia wyrobu oraz analizy systemu jakości wdrożonego przez wytwórcę. Ocena zgodności zmierza bowiem do wyeliminowania wszelkich zagrożeń życia, zdrowia i bezpieczeństwa pacjentów, użytkowników i innych osób. Ocena zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi uwzględnia realne ryzyko działań niepożądanych (ze wskazaniem ich potencjalnych źródeł, przyczyn, skali, charakteru i skutków) oraz ocenę kliniczną, stąd też każdy przypadek wprowadzenia do obrotu wyrobu bez przeprowadzenia oceny zgodności godzi bezpośrednio we wspomniane bezpieczeństwo używania (stosowania) wyrobu medycznego. Przestępstwo określone w art. 93 u.w.m. ma charakter przestępstwa indywidualnego właściwego, o czym przesądza nałożenie na wybrane podmioty ustawowego obowiązku prowadzenia ocen zgodności wyrobów medycznych. Ponadto przestępstwo dopuszczenia do wprowadzenia do obrotu wyrobu bez przeprowadzenia oceny zgodności ma charakter przestępstwa materialnego z zaniechania i można je popełnić tylko umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym¹³.

¹¹ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 309. Odmienne – uznając wszystkie przestępstwa z art. 92 u.w.m. za przestępstwa formalne oraz przyjmując, że ich popełnienie jest niezależne od wystąpienia jakiegokolwiek skutku – R. Blicharz, Ł. Chmielniak, L. Ogiegło, P. Ślęzak, M. Tarnawski, L. Wilk, *Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis 2012.

¹² D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 306–307.

¹³ *Ibidem*, s. 308. Podobnie L. Ogiegło, (w:) R. Blicharz i in., *Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis 2012, stwierdzający, że omawiane przestępstwo może zostać popełnione wyłącznie umyślnie, przy czym możliwe są obie postacie

W myśl art. 94 ust. 1 u.w.m. kto wprowadza do obrotu wyroby, których certyfikaty zgodności wydane przez jednostki notyfikowane utraciły ważność, zostały zawieszone lub wycofane, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Stosownie do ust. 2 wymienionego przepisu tej samej karze podlega, kto wbrew art. 10 ust. 2 dostarcza lub udostępnia użytkownikom innym niż profesjonalni wyroby do diagnostyki *in vitro* inne niż wyroby, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 39 lit. b i c, lub wyroby do samokontroli. Przestępstwa określone w art. 94 u.w.m. mają charakter przestępstw powszechnych, materialnych i mogą przybrać tylko formę działania, to znaczy zostają popełnione z chwilą wprowadzenia do obrotu wyrobu medycznego nieposiadającego ważnego certyfikatu zgodności, względnie z chwilą dostarczenia lub udostępnienia wbrew zakazowi z art. 10 ust. 2 u.w.m. wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* użytkownikowi nieprofesjonalnemu. Ponadto przestępstwo z art. 94 u.w.m. można popełnić umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym, jak również nieumyślnie (gdy sprawca przed wprowadzeniem wyrobu medycznego do obrotu nie sprawdził ważności certyfikatu zgodności lub dostarczył użytkownikowi określony wyrób do diagnostyki *in vitro* bez uprzedniego sprawdzenia, czy czynność taka w odniesieniu do tego konkretnego wyrobu jest dopuszczalna w świetle wyłączeń art. 10 ust. 2 u.w.m.)¹⁴.

W myśl art. 95 u.w.m. kto wprowadza do obrotu systemy lub zestawy zabiegowe lub sterylizuje i wprowadza do obrotu systemy, zestawy zabiegowe lub wyroby medyczne oznakowane znakiem CE, niezgodnie z wymaganiami określonymi w art. 30, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Dobrem chronionym przy przestępstwie niezgodnego z prawem wprowadzania do obrotu systemów lub zestawów zabiegowych albo sterylizacji i wprowadzania do obrotu systemów, zestawów zabiegowych lub wyrobów medycznych oznakowanych znakiem CE jest bezpieczeństwo użytkowników wyrobów medycznych, to znaczy pacjentów, personelu medycznego lub osób trzecich. Przestępstwo określone w art. 95 u.w.m. jest przestępstwem powszechnym, ma charakter przestępstwa materialnego

zamiaru. Zamiar ewentualny będzie wchodził w grę, gdy sprawca nie ma pewności, czy wskutek jego zachowania wyrób zostanie udostępniony w celu używania lub dystrybucji, czyli zostanie wprowadzony do obrotu, godzi się jednak na taką możliwość.

¹⁴ Częściowo zbieżny z tym stanowiskiem jest pogląd L. Ogiełto, (w:) R. Blicharz i in., Ustawa o wyrobach medycznych..., który stwierdza, że znamię czynnościowe „dostarczania” wyrobu ma bardzo szeroki zasięg znaczeniowy i oznacza jakikolwiek sposób przekazania wyrobu do dyspozycji nieprofesjonalnego użytkownika, przykładowo sprzedaż, podarowanie itp. Czyn określony w ust. 2 tego artykułu może zostać popełniony przez każdego. Ustawa w żaden sposób nie zawęża kręgu podmiotów. Zdaniem autora zarówno ust. 1, jak i ust. 2 art. 94 u.w.m. odnosi się do czynów o charakterze formalnym i w obu przypadkach obejmuje ona obie postacie zamiaru. Z zamiarem ewentualnym będziemy mieli do czynienia, gdy sprawca nie ma pewności, czy dostarcza lub udostępnia wyrób użytkownikowi nieprofesjonalnemu, lecz godzi się z taką możliwością.

i może być popełnione w formie działania. Popełnienie wymienionego czynu zabronionego może nastąpić w szczególności w sytuacji wprowadzenia do obrotu bez uprzedniej weryfikacji kompatybilności wyrobów medycznych składających się na system lub zestaw zabiegowy, ich łączenia w zestawy zabiegowe z przekroczeniem przewidzianego przez wytwórcę zastosowania lub ignorowania zakładanych ograniczeń w łącznym funkcjonowaniu. Dodać należy, że przestępstwo z art. 95 u.w.m. popełnić można umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym, jak również nieumyślnie¹⁵.

W myśl art. 96 ust. 1 u.w.m. kto, narażając życie lub zdrowie pacjentów, użytkowników wyrobów lub osób trzecich, wprowadza do obrotu, dostarcza, udostępnia lub dystrybuje wyroby: 1) wbrew zakazowi określonemu w art. 6; 2) które nie spełniają wymagań zasadniczych, lub dla których nie przeprowadzono odpowiednich procedur oceny zgodności, o których mowa w art. 11 ust. 4; 3) niezgodnie z wymaganiami określonymi w art. 29 ust. 5–7, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Stosownie do ust. 2 wymienionego przepisu kto nie wykonuje obowiązków określonych w art. 17 ust. 2–4, podlega grzywnie. Dobro chronione przez art. 96 u.w.m. jest analogiczne jak w przypadku art. 92–95 u.w.m., to znaczy bezpieczeństwo użytkowania wyrobów medycznych. Przepis art. 96 u.w.m. rozciąga zakres ochrony prawnokarnej na wszelkie wymagania ustawowe niewymienione w poprzednich przepisach, to znaczy prawidłową klasyfikację wyrobu medycznego, jego wytwarzanie z użyciem właściwych materiałów i substancji, uwzględnianie przy wytwarzaniu i projektowaniu wyrobu medycznego aktualnej wiedzy technicznej, dostarczanie wyrobów odpowiednio opakowanych, w opakowaniach uniemożliwiających uszkodzenie w czasie transportu itp. Przestępstwo określone w art. 96 u.w.m. jest przestępstwem powszechnym i materialnym, przybierającym formę działania. Ponadto przestępstwo z art. 96 u.w.m. popełnić można umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym, jak również nieumyślnie¹⁶.

¹⁵ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 310. Odmiennie L. Ogiegło, (w:) R. Blicharz i in., *Ustawa o wyrobach medycznych...*, który stwierdza, że przestępstwo określone w komentowanym przepisie ma charakter powszechny i formalny. Czynności sprawcze miałyby polegać na wprowadzaniu do obrotu systemów lub zestawów zabiegowych albo na sterylizowaniu i wprowadzaniu do obrotu systemów, zestawów zabiegowych lub wyrobów medycznych opatrzonych znakiem CE niezgodnie z wymaganiami określonymi w art. 30. Naruszenie wymagań określonych w tym ostatnim przepisie miałyby polegać na niesporządzeniu stosownych oświadczeń, nieprzeprowadzeniu oceny zgodności lub przeprowadzeniu jej bez nadzoru odpowiedniej jednostki, a także na niedołączeniu do systemu, zestawu zabiegowego lub wyrobu odpowiedniej informacji. Strona podmiotowa omawianego przestępstwa obejmowałaby umyślność w obu postaciach zamiaru.

¹⁶ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 311–312. Odmiennie L. Ogiegło, (w:) R. Blicharz i in., *Ustawa o wyrobach medycznych...*, którego zdaniem dokonanie omawianego przestępstwa następuje z chwilą realizacji powyższych znamion czasownikowych określających czynności sprawcze, nie jest ono uzależnione od

Zgodnie z art. 97 u.w.m. kto dostarcza lub udostępnia wyrób niezgodnie z wymaganiami dotyczącymi oznakowania i instrukcji używania wyrobu określonymi w art. 14 ust. 1–4, podlega grzywnie. Dobrem chronionym przez art. 97 u.w.m. jest bezpieczeństwo użytkowania wyrobu medycznego przez jego właściwe oznakowanie i załączenie instrukcji w języku polskim, tudzież wyrażone za pomocą zharmonizowanych symboli lub rozpoznawalnych kodów (art. 14 ust. 1 u.w.m.). Zapewnienie realizacji tego wymogu gwarantować ma bezpieczne używanie (stosowanie) wyrobu przez użytkowników nieprofesjonalnych (częstokroć nieznających języka angielskiego na poziomie swobodnego rozumienia specjalistycznych terminów medycznych) oraz właściwe stosowanie wyrobów przez użytkowników profesjonalnych (świadczeniodawców), obeznanych z terminologią medyczną w języku angielskim (w szczególności wtedy, gdy dane pojęcie nie jest możliwe do przetłumaczenia na język polski)¹⁷. S. Poździoch zauważa, że niedopełnienie chronionego w art. 97 u.w.m. obowiązku określonego w art. 14 u.w.m. może powodować znaczne utrudnienia dla należytego korzystania z wyrobów, przykładowo gdyby instrukcje były podane w mało znanym powszechnie europejskim języku czy w języku spoza Europy, albowiem dotarcie do tłumacza, jeżeli jest możliwe, może znacznie opóźnić w czasie korzystanie z danego wyrobu¹⁸. Przestępstwo określone w art. 97 u.w.m. jest przestępstwem powszechnym, materialnym popełnianym w formie działania. Można je popełnić tylko umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Zamiar ewentualny może w tej sytuacji wyrażać się we wprowadzeniu wyrobu do obrotu bez uprzedniego niedopełnienia obowiązku wynikającego z art. 14 ust. 2 u.w.m., to znaczy rezygnacji z przetłumaczenia na język polski informacji *de facto* adresowanych do pacjenta¹⁹.

W myśl art. 98 u.w.m. kto wprowadza do obrotu, wprowadza do używania, dystrybuuje, dostarcza lub udostępnia wyrób, którego termin ważności upłynął lub czas lub krotność bezpiecznego używania, określone przez wytwórcę, zostały przekroczone, podlega grzywnie. Dobrem chronionym przez art. 98 u.w.m. jest bezpieczeństwo użytkowania wyrobu medycznego przez dostępność wyłącznie wyrobów przydatnych do stosowania, o odpowiedniej jakości. Przestępstwo określone w art. 98 u.w.m. jest przestępstwem powszechnym, materialnym popełnianym w formie działania. Przestępstwo

wystąpienia jakiegokolwiek skutku, jest to zatem przestępstwo formalne z tzw. narażenia abstrakcyjnego. Strona podmiotowa tego przestępstwa w tej sytuacji obejmować umyślność w obu postaciach zamiaru.

¹⁷ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, Ustawa o wyrobach medycznych..., s. 312–313.

¹⁸ S. Poździoch, Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz, Warszawa 2012/ LEX 2012.

¹⁹ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, Ustawa o wyrobach medycznych..., s. 312–313. Częściowo odmiennie L. Ogiegło, (w:) R. Blicharz i in., Ustawa o wyrobach medycznych..., stwierdzając, że niezgodnie z art. 14 u.w.m. zachowanie polega na wprowadzeniu wyrobu do obrotu, jego dostarczaniu lub udostępnianiu, zaś przestępstwo z art. 97 ma charakter powszechny i formalny i może być popełnione umyślnie w obu postaciach zamiaru.

z art. 98 u.w.m. popełnić można tylko umyślnie z zamiarem bezpośrednim, co wynika z obiektywnej okoliczności określenia przez wytwórcę terminu ważności, czasu lub krotności bezpiecznego używania wyrobu medycznego, do których to informacji należy się bezwzględnie stosować. W przypadku, w którym wytwórca nie określiłby daty przydatności do bezpiecznego używania lub krotności używania wyrobu, a mimo to wyrób byłby dostarczany, udostępniany lub dystrybuowany, odpowiedzialność sprawcy należy rozpatrywać z perspektywy znamion występku z art. 96 u.w.m.²⁰

Zgodnie z art. 100 u.w.m. kto nie dokonuje zgłoszenia lub powiadomienia, o których mowa w art. 58, albo nie zgłasza zmian danych, o których mowa w art. 61, podlega grzywnie. Przepis ten jest jednak o tyle szczególny, że dobrem w nim chronionym jest przede wszystkim prawidłowa działalność Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Środków Biobójczych w zakresie dostarczenia informacji niezbędnych do sprawowania nadzoru nad krajowym rynkiem wyrobów medycznych. Obowiązek informacyjny określony w art. 58 u.w.m. obejmuje cztery rodzaje czynności o zróżnicowanym zakresie przedmiotowym i podmiotowym oraz różnym terminie realizacji: 1) zgłoszenie wyrobu medycznego w terminie co najmniej 14 dni przed dniem jego pierwszego wprowadzenia do obrotu albo przekazania do oceny działania, do którego zobowiązani są wytwórca i autoryzowany przedstawiciel mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP (por. art. 58 ust. 1 u.w.m.), 2) zgłoszenie systemów lub zestawów zabiegowych, wysterylizowanych systemów lub zestawów zabiegowych lub innych wysterylizowanych wyrobów medycznych oznakowanych znakiem CE, zawierające informację o prowadzonej działalności, co najmniej na 14 dni przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu wymienionych wyrobów, systemów lub zestawów zabiegowych, do którego zobowiązany jest podmiot mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP, dokonujący czynności, o których mowa w art. 30 ust. 1 i 4 u.w.m. (por. art. 58 ust. 2 u.w.m.), 3) powiadomienie o wprowadzeniu do używania na terytorium RP wyrobu medycznego, niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia zaistnienia tego faktu, do czego zobowiązani są dystrybutor i importer mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP (por. art. 58 ust. 3 u.w.m.), 4) powiadomienie o wykonywaniu oceny działania wyrobu do oceny działania, którego wytwórca i autoryzowany przedstawiciel nie mają miejsca zamieszkania lub siedziby na terytorium RP, niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia oceny działania, do którego zobowiązany jest świadczeniodawca (por. art. 58 ust. 4 u.w.m.). W przedmiocie

²⁰ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 315. Częściowo odmiennie L. Ogiegło, (w:) R. Blicharz i in., *Ustawa o wyrobach medycznych...*, który wskazuje, że przestępstwo z art. 98 u.w.m. ma charakter powszechny i formalny, jako, że jest to czyn z tzw. narażenia abstrakcyjnego. Strona podmiotowa miałaby obejmować w tej sytuacji umyślność w obu postaciach zamiaru.

zmiany danych, o której mowa w art. 61 ust. 1 u.w.m., podnieść trzeba, że zgodnie z tym przepisem podmioty, o których mowa w art. 58 u.w.m., są obowiązane zgłaszać Prezesowi Urzędu wszelkie zmiany danych objętych zgłoszeniem lub powiadomieniem niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia powzięcia informacji o zmianie. Ustawodawca w ust. 2 przepisu doprecyzowuje, że za zmianę uważa się również przekazanie obowiązków na inny podmiot, w szczególności ze względu na przekształcenie, ogłoszenie upadłości albo przejęcie praw i obowiązków wynikających z ustawy przez następcę prawnego (ust. 2). Aktualizacja danych różni się w zależności od tego, czy dotyczy zgłoszenia, czy powiadomienia, a także ich zakresów. Przestępstwo niedokonania zgłoszenia wyrobu medycznego, powiadomienia o wprowadzeniu tego wyrobu do obrotu lub aktualizacji danych, określone w art. 100 u.w.m., jest zatem przestępstwem indywidualnym właściwym, albowiem dopuścić się jego popełnienia mogą wyłącznie podmioty zobowiązane do dokonania zgłoszenia lub aktualizacji danych, o których to obowiązkach stanowią wcześniej cytowane art. 58 u.w.m. oraz art. 61 u.w.m.: wytwórcy wyrobów medycznych, ich autoryzowani przedstawiciele, mający miejsce zamieszkania lub siedzibę w RP, podmioty zestawiające wyroby medyczne w systemy lub w zestawy zabiegowe albo je sterylizujące w celu wprowadzenia do obrotu, importerzy, dystrybutorzy wyrobów do używania na terytorium RP, świadczeniodawca, który wykonuje na terytorium RP ocenę działania wyrobu, którego wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel nie mają miejsca zamieszkania lub siedziby w Polsce. Przestępstwo niedokonania zgłoszenia wyrobu medycznego, powiadomienia o wprowadzeniu tego wyrobu do używania lub aktualizacji danych w wymaganych do tego terminach, jest przestępstwem materialnym, które przyjmuje formę zaniechania. Można je popełnić umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, a także nieumyślnie²¹.

Podsumowując wstępnie politykę karną w zakresie penalizacji czynów zabronionych odnoszących się do nieprawidłowości w zakresie wytwarzania i wprowadzania do obrotu wyrobów medycznych, zauważyć należy, że ustawa

²¹ D. Wąsik, (w:) D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych...*, s. 310. Częściowo zgodnie z tym stanowiskiem L. Ogiełto, (w:) R. Blicharz i in., *Ustawa o wyrobach medycznych...*, który zauważa, że art. 58 u.w.m. reguluje obowiązek dokonywania zgłoszeń i powiadomień dotyczących wyrobów, a art. 61 – obowiązek zgłaszania wszelkich zmian danych objętych zgłoszeniami i powiadomieniami. Oba wskazane przepisy określają ściśle terminy realizacji tych obowiązków. Adresatem zgłoszeń i powiadomień oraz zmian objętych nimi danych jest w każdym przypadku Prezes Urzędu, przy czym za zmianę uważa się również przekazanie obowiązków innemu podmiotowi, w szczególności ze względu na przekształcenie, ogłoszenie upadłości albo przejęcie praw i obowiązków wynikających z ustawy przez następcę prawnego. Stąd też uznanie za karalne niedopełnienia obowiązku dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 62, stanowiłoby niedopuszczalną w prawie karnym analogię i czyn ten pozostaje poza zakresem kryminalizacji. Zaniechania, o których mowa w art. 100, zdaniem autora mają charakter czysto formalny, zaś strona podmiotowa obejmuje umyślność w obu formach zamiaru.

z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych od strony jej poprawności formalnej nie została skonstruowana zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, wiele przepisów zostało umieszczonych w tekście ustawy w sposób niefortunny, a ponadto zawiera ona wiele zbędnych powtórzeń. Mankamenty można dostrzec również na tle przepisów karnych, stąd też zasadnym jest postulat o jak najszybsze rozpoczęcie prac legislacyjnych nad ich nowelizacją²². Niemniej jednak przepisy te stanowią jedną z najważniejszych barier powstrzymujących potencjalnych sprawców przed nadużyciami w omawianym obszarze.

IV. Charakter wad i usterek, przyczyny wycofania z obrotu i używania oraz ryzyko stosowania wadliwych wyrobów medycznych w świetle realizacji FSCA

Pod pojęciem incydentu medycznego rozumieć należy: a) wadliwe działanie, defekt, pogorszenie właściwości lub działania wyrobu, jak również nieprawidłowość w jego oznakowaniu lub instrukcji używania, które mogą lub mogły doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika wyrobu, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* – pośrednio także innej osoby, lub b) techniczną lub medyczną przyczynę związaną z właściwościami lub działaniem wyrobu, która może lub mogła doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* – pośrednio także innej osoby, i prowadzącą z tego powodu do podjęcia przez wytwórcę zewnętrznych działań korygujących dotyczących bezpieczeństwa (por. art. 2 pkt 14 u.w.m.). W myśl obowiązujących przepisów incydent medyczny może zgłosić Prezesowi Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Środków Biobójczych każdy, kto powziął informację o incydencie medycznym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 74 ust. 1 u.w.m.). Podkreślenia wymaga, że wytwórca jest obowiązany zapewnić, że autoryzowany przedstawiciel oraz każdy inny podmiot upoważniony przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu będą realizowali zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa. Działania te określane są terminem Field Safety Corrective Action (FSCA). Co więcej podmioty upoważnione przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu informują Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyro-

²² D. Wąsik, *Przestępstwa przeciwko zasadom...*, s. 69–70.

bów Medycznych i Środków Biobójczych o realizacji FSCA. W zakresie realizacji FSCA do współpracy ze wspomnianym organem zobligowani są także importerzy i dystrybutorzy wyrobów mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz podmioty świadczące usługi w zakresie napraw, serwisu, utrzymania i kalibracji wyrobów, osoby zatrudnione u świadczeniodawców lub wykonujące inne czynności na rzecz świadczeniodawców, w tym personel medyczny, personel odpowiedzialny za utrzymanie i bezpieczeństwo wyrobów oraz administracja (art. 75 ust. 1–3 u.w.m.).

W przedmiocie obowiązków związanych z FSCA podnieść należy, że wytwórca ocenia wszystkie zgłaszane reklamacje dotyczące wyrobu oraz przypadki błędów użytkowych i nieprawidłowego użycia. Ocena ta zależy od zarządzania ryzykiem, ergonomii, walidacji projektu oraz działań korygujących i zapobiegawczych. Wyniki oceny wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest obowiązany udostępnić, na żądanie, Prezesowi Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Środków Biobójczych i jednostce notyfikowanej biorącej udział w ocenie zgodności wyrobu. Dotyczy to w szczególności błędu użytkowego, który doprowadził do poważnego zagrożenia zdrowia publicznego, śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, użytkownika lub pośrednio innej osoby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Informacje o innych błędach, takich jak błędy użytkowe, które nie doprowadziły do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, jeżeli wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel stwierdził znaczący wzrost liczby występowania takich błędów lub stwierdził, że mogą one doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, tudzież podjął działania, aby zapobiec spowodowaniu przez tego rodzaju błędy śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, powinny być przesyłane wymienionemu organowi w formie raportu o błędach użytkowych i to niezależnie od podjętych działań korygujących lub zapobiegawczych (art. 77 ust. 1–3 u.w.m.). Wytwórca ma obowiązek podjąć FSCA w celu zmniejszenia związanego z używaniem wyrobu wprowadzonego do obrotu ryzyka śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia. Służy temu m.in. wymóg sporządzenia notatki bezpieczeństwa informującej odbiorców lub użytkowników o FSCA. Notatka bezpieczeństwa jest komunikatem wydawanym w związku z zewnętrznymi działaniami korygującymi dotyczącymi bezpieczeństwa i przesłanym do odbiorców lub użytkowników wyrobów wprowadzonych do obrotu (art. 2 pkt 20 u.w.m.). Zawiera ona w szczególności: 1) nazwę handlową wyrobu, którego dotyczy notatka bezpieczeństwa, identyfikator FSCA oraz określenie rodzaju FSCA; 2) dane identyfikujące wyroby, których dotyczy FSCA; 3) informację o FSCA i przyczynie ich podjęcia; 4) zalecenia działań, które powinni podjąć odbiorcy lub użytkownicy; 5) informację o konieczności dostarczenia notatki bezpieczeństwa podmiotom, których ona do-

tyczy; 6) wskazanie podmiotu, do którego powinni się zwracać odbiorcy notatki bezpieczeństwa w sprawach FSCA (por. art. 79 ust. 4 u.w.m.).

Charakter ewentualnych nieprawidłowości w wytwarzaniu wyrobów medycznych, ich przyczyny, a także skutki przybliżają wyniki badań prowadzonych w zakresie komunikatów bezpieczeństwa zamieszczanych przez właściwe organy administracji publicznej. Na potrzeby niniejszego artykułu przeanalizowano treść 259 notatek bezpieczeństwa sporządzonych przez wytwórców i dystrybutorów wyrobów medycznych i opublikowanych na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 10 lipca 2017 r. W tej grupie w 75 przypadkach (ok. 29% analizowanych spraw) zdecydowano o wycofaniu z obrotu i z używania określonych wyrobów medycznych lub ich serii (partii). Warto nadmienić, że w 74 przypadkach decyzję taką podjęli sami wytwórcy wyrobów, tudzież ich dystrybutorzy, natomiast w 1 sytuacji potrzebna była decyzja Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Z punktu widzenia tematyki przedmiotowej publikacji ta ostatnia grupa – z racji dostrzeżenia najpoważniejszych wad w produkcji wyrobów – pozostawała zasadniczo w sferze zainteresowań badawczych.

Przechodząc do omówienia wyników powyższej analizy w pierwszej kolejności wskazać należy, że dostrzeżone nieprawidłowości w wytwarzaniu wyrobów medycznych dotyczyły w zasadzie urządzeń wykorzystywanych we wszystkich możliwych obszarach medycyny i nauk o zdrowiu, a zatem zarówno przy zabiegach chirurgicznych, kardiochirurgicznych czy neurochirurgicznych, ale również przy zabiegach pielęgnacyjnych czy w zakresie diagnostyki laboratoryjnej. Co do zasady źródłem informacji o wadach wyrobów medycznych skutkujących ich wycofaniem z obrotu i używania były działania podejmowane samodzielnie i z inicjatywy samych wytwórców, przykładowo podczas testów weryfikujących bezpieczeństwo stosowania określonych urządzeń lub badań nad ulepszeniem i modyfikacją dotychczasowych modeli lub typów danych wyrobów. Nierzadko też testy urządzeń medycznych podejmowane przez wytwórców determinowane były skargami, reklamacjami czy zażaleniami kierowanymi przez użytkowników – tak członków personelu medycznego, jak i pacjentów (tutaj głównie w odniesieniu do wyrobów medycznych do samokontroli). Sporadycznie zdarzało się, że motywem działań podmiotów odpowiedzialnych za wprowadzanie wyrobów do obrotu były incydenty medyczne. Podkreślenia w tej sytuacji wymaga fakt, że jeżeli takowe były stwierdzane nie ograniczały się one wyłącznie do pacjentów leczonych w Polsce, ale obejmowały też chorych hospitalizowanych w placówkach medycznych w państwach, w których w procesach diagnostycznym czy terapeutycznym wykorzystywane były dane wyroby medyczne.

Analizując poszczególne przypadki wycofania wyrobów medycznych z obrotu i używania skupiono uwagę na trzech aspektach: rodzaju wyrobu medycznego i jego zastosowaniu, przyczyn wycofania i charakterze wady (nieprawidłowości), a także rzeczywistym lub potencjalnym ryzyku, jakie niesło ze sobą stosowanie danego wyrobu w procesie leczniczym. Przybliżenie tych okoliczności przekłada się natomiast na określenie stopnia szkodliwości społecznej zaprezentowanych wcześniej przestępstw związanych z nadużyciami przy wprowadzaniu do obrotu urządzeń medycznych wbrew wymogom ustawy.

Na szczególną uwagę niewątpliwie zasługują okoliczności wycofania z obrotu i używania wyrobów medycznych, które w założeniu miały być lub były stosowane przy skomplikowanych, wysokospecjalistycznych zabiegach chirurgicznych, niejednokrotnie ratujących życie pacjentom.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na tzw. jednobiegunowe elektrody wysokiej częstotliwości do resekcji, stosowane podczas endoskopowych zabiegów diagnostycznych i terapeutycznych w dziedzinach urologii i ginekologii. W tej sytuacji wytwórca zdecydował o podjęciu działań mających na celu wycofanie produktu po otrzymaniu dużej liczby skarg z powodu pęknięcia przewodu pętli na dystalnym końcu tych elektrod. Po zbadaniu problemu stwierdzono, że istnieje ryzyko pęknięcia przewodu pętli podczas korzystania z elektrod zgodnie z przeznaczeniem, w rezultacie czego fragment przewodu może wpaść do organizmu pacjenta, powodując konieczność jego usunięcia. Co więcej, w niektórych przypadkach usunięcie tego fragmentu może wymagać przeprowadzenia dodatkowego zabiegu chirurgicznego, zaś czas trwania pierwotnego zabiegu może się wydłużyć, przez co pacjent będzie musiał pozostawać dłużej pod znieczuleniem.

Wadami i usterkami dotknięte były m.in. szeroko pojęte narzędzia chirurgiczne. W pierwszej kolejności wskazać trzeba na jednorazowe narzędzia do preparowania na tępo, używane w endoskopii, gdzie bezpośrednim powodem wdrożenia działań korygujących dotyczących bezpieczeństwa były informacje od klientów, że bawełniana końcówka urządzenia mogła się od niego oddzielić na skutek zastosowania w procesie produkcyjnym niewystarczającej ilości kleju (to z kolei potencjalnie zwiększało ryzyko wydłużenia czasu spędzonego na sali operacyjnej lub generowało konieczność niezamierzonego narażenia na promieniowanie rentgenowskie w celu wykrycia ciała obcego – co ciekawe ze zgłoszeń wynikało, że w czterech przypadkach incydentów zaistniała konieczność wykonania śródoperacyjnego RTG w celu wykrycia oddzielonej końcówki, a w jednym przypadku mimo wykonania RTG końcówka nie została odzyskana)²³. Kolejny przykład stanowią noże chirurgiczne wykorzystywane przy udzie-

²³ Inny analizowany przypadek dotyczył ostrza osteotomu i jego nieprawidłowego oznakowania (daty ważności nadrukowane na etykietach były nieprawidłowe i przekraczały rzeczywisty termin przydatności wyjąłowanego opakowania – w przypadku użycia produktu po upływie pięcioletniego okresu przydatności istnieje potencjalne ryzyko, że zewnętrzna powierzchnia tacy wewnętrz-

laniu wysokospecjalistycznych świadczeń zdrowotnych z zakresu okulistyki i stwierdzone w wyrobach medycznych tępe ostrza. Podkreślić trzeba, że przy nacinaniu rogówki tępym nożem istnieje ryzyko m.in. nieoptymalnego kształtu nacięcia (z uwagi na krótki tunel rogówkowy, brak załamów krawędzi w kilku płaszczyznach nacięcia, które nie są wodoszczelne i wymagają w tej sytuacji założenia szwów lub powodują astygmatyzm rogówki), czy też niekontrolowanej penetracji przez rogówkę, powodujące uszkodzenie struktur przedniej komory oka, takich jak tęczęwka, torebka czy soczewka. Decyzją o wycofaniu z obrotu i używania objęty był m.in. uniwersalny pobijak z uwagi na zaobserwowane wystawianie gwintu poza kopułę przymiaru panewki lub implantu (po zbadaniu zgłoszeń wytwórca stwierdził, że mocowanie na wcisk między gwintowanym kołkiem a zestawem uchwyty trzpienia uniwersalnego pobijaka może prowadzić z upływem czasu do stopniowego wybrzuszania gwintowanego kołka i potencjalnego zagrożenia wystawiania gwintu, nadmiernego nacisku na kość, potencjalnego ryzyka powikłań związanych z wydłużeniem czasu operacji np. stawu biodrowego, złamania śródoperacyjnego, utraty wstępnej ruchomości w okresie zdrowienia po operacji, złamania okołoprotezowego czy bólu związanego z poluzowaniem się implantu)²⁴. W innym przypadku wycofano gwoździe do zaopatrzenia złamania kości biodrowej z uwagi na problemy z wyrobem, polegające na niewłaściwym zaczepianiu się z przyrządem kierującym (w ocenie producenta badanie zmontowanego zespołu gwoździa wykazało, że niektóre specyfikacje mają zbyt małe wymiary, co powodowało zakłócenia dopasowania gwoździa do przyrządu kierującego, co mogło prowadzić do wydłużenia

nej nie będzie jałowa, co mogłoby doprowadzić do zanieczyszczenia sterylnego pola). Brak sterylności – w analizowanych przypadkach – dotyczył też opakowania systemu modularnej endoprotezy onkologicznej (ryzyko przekucia opakowania końcówką trzpienia wyrobu).

²⁴ Dla porównania wycofaniem objęty był również tzw. wbijak do ostrza PFNA, używany do leczenia złamań wysokoenergetycznych u młodszych pacjentów oraz złamań niskoenergetycznych u starszych pacjentów, jak również do wprowadzania ostrza PFNA przez delikatne uderzanie młotkiem w dalszy koniec wbijaka. Reklamacje dotyczyły sytuacji, w których doszło do odłączenia uchwyty od trzonka instrumentu. Ryzykiem w tej sytuacji było częściowe lub pełne złamanie spoiny laserowej we wbijaku do ostrza, w związku z czym mogło dojść do odłączenia uchwyty od wewnętrznego trzonka instrumentu. Potencjalny wpływ na pacjenta sprowadzał się natomiast do tego, że w przypadku, gdyby doszło do złamania spoiny laserowej w uchwycie, mogło dojść do jego obłuzowania lub odłączenia od instrumentu. To z kolei generowało możliwość wystąpienia infekcji, jeśli doszłoby do poluzowania uchwyty na trzonku i przedostania się płynów ustrojowych (np. krwi, odłamków kostnych) do wnętrza uchwyty wbijaka. Jako że trzonek i uchwyt stanowią jedną część, nie są one rozłączane podczas czyszczenia. W związku z tym obecność materiału obcego nie zostałaby zauważona i mogłaby obniżyć skuteczność procesu sterylizacji. Tym samym ukryte odłamki mogłyby dostać się do pola operacyjnego (następnych pacjentów) podczas zabiegu. Płynny do irygacji stosowane podczas zabiegu także mogłyby poruszyć ukryte odłamki i nadać im formę płynną oraz zanieczyścić pole operacyjne. Ryzyko wydłużenia czasu prowadzenia zabiegu chirurgicznego dostrzeżono również w odniesieniu do komponentu integralnego trzonu i trzpienia protezy kości ramiennej z uwagi na nieprawidłową długość trzonu.

operacji). Pozostając w obrębie ortopedii należy też zwrócić uwagę na wycofanie tzw. standardowej śruby otulającej z uwagi na brak kaniuli na całej długości (w toku czynności wyjaśniających stwierdzono, że niedrożność wynika z odprysku metalu w kaniuli śruby, który nie został usunięty na etapie produkcji). Wśród potencjalnych obszarów ryzyka wskazywano na takie okoliczności, jak możliwość utknięcia przewodnika w kaniulowanej śrubie, co mogłoby spowodować wypadnięcie metalowego fragmentu do ciała pacjenta, jak również przedłużenie czasu trwania zabiegu, ponieważ konieczna byłaby wymiana zarówno śruby, jak i przewodnika, tudzież zacięcie się przewodnika w kaniuli śruby otulającej (teoretycznie przewodnik mógł zostać przepchnięty przez głowę kości udowej i mógł on trafić w naczynie krwionośne)²⁵. Wycofywane były również wiertła kaniulowane, to znaczy instrumenty używane przy przewodniku w celu przygotowania odpowiedniego nawiercenia w krawędzi kości korowej w celu zagłębienia łba śruby w kości (tkance) dla różnych systemów implantów stopy, stawu skokowego i ręki. Przyczyną wycofania wyrobu medycznego było jego wykonanie z surowca posiadającego zmniejszoną elastyczność, co mogło spowodować potencjalne złamanie instrumentu, zaś w najgorszym przypadku, jeśli śruby nie można całkowicie osadzić w kości, wywieranie nacisku przez łeb śruby na część korową prowadzące do mikropęknięć kości i konieczności przeprowadzenia rewizyjnego zabiegu. Wycofane było m.in. urządzenie do kierunkowego wypełniania kości, przy czym błąd w tej sytuacji polegał na niepokrywaniu się w idealny sposób strzałki naprowadzającej na proksymalnej części instrumentu z otworem w dystalnej części instrumentu (niepoprawne scentrowanie narzędzia mogło skutkować wyciekami cementu do kanału kręgowego i paraliżem lub uszkodzeniem nerwu, względnie zatoru płucnego lub zatrzymania akcji serca). W obłożeniach i zestawach chirurgicznych wykrywano natomiast mikroskopijnej wielkości dziury w opakowaniach po teście immersji zestawów, skutkujące brakiem sterylności wyrobu. Wreszcie decyzją o wycofaniu z obrotu i używania objęto tzw. miseczki ramienne całkowitego odwróconego systemu barkowego, z uwagi na ryzyko złamania wyrobu po wszczępieniu²⁶.

²⁵ W przypadku innych kaniuli stwierdzono, iż materiał FEP, z którego były one wykonane w połączeniu ze sterylizacją beta byłby bardziej podatny na wielokrotne załamania niż w przypadku podobnych kaniuli naczyniowych wykonanych z innych materiałów i przy zastosowaniu innej metody sterylizacji. Wielokrotnie załamania kaniuli wykonanej z materiału FEP przy sterylizacji beta mogłoby natomiast w rzadkich przypadkach doprowadzić do złamania kaniuli, zaś w najgorszym przypadku do usunięcia kaniuli w wyniku interwencji chirurgicznej.

²⁶ Na marginesie jedynie wskazać należy na ciekawy przypadek wycofania instrumentów urazowych i do kończyn, tj. wiertel i gwintowników, gdzie zidentyfikowano nieprawidłowości związane z surowcem, mogące występować na powierzchni lub pod powierzchnią instrumentu, zwiększające ryzyko złamania narzędzia. To z kolei prowadziłoby do wydłużenia czasu zabiegu o ok. 30 minut, a w najgorszym przypadku do pozostawienia części pękniętego instrumentu w organizmie pacjenta.

Warto zwrócić uwagę na wady wyrobów medycznych używanych przy zabiegach kardiologicznych i kardiochirurgicznych. Wycofanie kaniuli aortalnych, stosowanych w perfuzji aorty wstępującej podczas zastosowania krążenia pozaustrojowego, w analizowanych sprawach nastąpiło z tego względu, że niektóre kaniule aortalne zawierały nadlew (nadmiar tworzywa sztucznego) na koniuszku kaniuli. Decyzja ta była tym bardziej uzasadniona, że jeżeli nadlew oderwałby się podczas użytkowania wyrobu, mógłby zostać uwolniony do układu krwionośnego pacjenta i doprowadzić do powstania zatoru. Z podobnych przyczyn wycofano sondę do żyłaków, stwierdzając wadę połączenia linki trakcyjnej z oliwką podczas wielokrotnego używania wymienionego wyrobu²⁷. Nadmienić trzeba, że wycofano też tzw. system iniekcji kontrastu z powodu możliwości wystąpienia w nich usterki (sprzętowej) prowadzącej do podania nadmiernej ilości środka kontrastowego lub soli fizjologicznej, po którym może wystąpić niezamierzone podanie powietrza, jak również zawory hemostatyczne z uwagi na wzrost raportów o ubytku krwi odnoszących się do urządzeń wykorzystujących określoną konstrukcję zaworu hemostatycznego (ryzyko nadmiernej utraty krwi lub zatorów powietrznych). Decyzja o wycofaniu z obrotu i używania w omawianej grupie dotknęła też przezskórnych pomp wspomagających pracę serca (ang. *percutaneous coronary intervention*, PCI) z racji ryzyka przerwania pracy pompy mogącej przyczynić się do braku stabilności hemodynamicznej, skutkując interwencją ratunkową lub zgonem. Wycofaniem objęte były też tzw. przewodniki wieńcowe, stwarzające potencjalne ryzyko oddzielenia i oderwania powłoki z politetrafluoroetyleny (PTFE) i przedostania się ich cząsteczek do krwioobiegu pacjenta.

Dość często wady stwierdzane są w przypadku tzw. stentów. W jednym z analizowanych przypadków doszło do wycofania z obrotu i używania piersiowego stent-graftu wewnątrznaczyniowego do leczenia pacjentów z tętniakami lub wrzodami zstępującej części piersiowej aorty, których morfologia naczyniowa nadaje się do wewnątrznaczyniowego zabiegu naprawczego. Przyczyną wycofania wyrobu medycznego z obrotu i używania były skargi pacjentów dotyczące powstawania zakrzepicy lub zamknięcia urządzenia w sytuacji używania go do leczenia tępych obrażeń aorty piersiowej (BTAI). W innym analizowanym przypadku wycofano z obrotu i z używania system stentografu obwodowego, którego wadliwość przejawiała się w odniesieniu do braku kompatybilności tzw. koszulki, co z kolei mogło prowadzić do wydłużenia zabiegu

²⁷ W innym przypadku wycofano introduktor i koszulkę introduktora, które standardowo służą do pomocy w zabiegach wykonywanych na tętnicy promieniowej lub tętnicy udowej. Motywem decyzji było możliwe rozszczelnienie opakowania mogące stanowić zagrożenie dla sterylności produktu. Decyzję o wycofaniu wyrobu medycznego z obrotu i używania podjął też producent i dystrybutor kalibratora, posiadającego wadliwy materiał kalibracyjny. Wyniki pacjentów mierzone przy użyciu ww. kalibratora mogły mieć bowiem odchylenie dochodzące aż do 20% prawidłowej wartości, zaś rutynowe kontrole mogły nie wykazywać błędnych wartości badań.

chirurgicznego, wydłużenia czasu krwawienia (w przypadku perforacji, pęknięcia naczynia oraz pęknięcia tętniaka) tudzież zatoru stentu. Kolejny przypadek dotyczył systemu przeznaczonego do stosowania we wspólnych i zewnętrznych tętnicach biodrowych w celu zwiększenia prześwitu średnicy u pacjentów z objawowym zwężeniem naczyń lub chorobami okluzyjnymi. W analizowanych przez wytwórcę wyrobu medycznego skargach najczęściej zgłaszaną trudnością dotyczącą rozprężania była niemożność rozprężenia stentu na skutek powstałego wewnątrz proceduralnego opóźnienia, podczas gdy urządzenie zastępcze jest przygotowane dobrze. Z uwagi na fakt, iż częściowe rozprężenie stentu może powodować niedokrwienie lub krwawienia wewnętrzne, które wymagały dalszych interwencji, zaś na przestrzeni ostatnich 4 lat odnotowano na całym świecie w sumie urazy u 3 pacjentów wiążące się z reklamacjami dotyczącymi trudności w rozprężaniu (w jednym przypadku krwawienie w miejscu wkłucia i dwa przypadki powstawania skrzepliny), odwołano z rynku wszystkie numery serii dwóch rozmiarów stentów. Wreszcie należy zwrócić uwagę na wycofanie z obrotu i używania systemów wewnętrzno-naczyniowych w związku z uszkodzeniami graftu podczas wprowadzania stent-graftu do systemu wprowadzania. W ocenie wytwórcy w materiale graftu mogła powstać dziura, która w przypadku odpowiednio dużych rozmiarów mogła prowadzić do przecieku okołoprotezowego typu IIIb. Przeciek okołoprotezowy typu IIIb zwykle rozpoznaje się podczas wstępnej procedury implantacji po przeprowadzeniu badania angiograficznego. Ten problem, związany z produkcją, rozpoznano w trakcie trwającego testowania produktów, przy czym nie miał on żadnego związku z doświadczeniami klinicznymi, omówionymi we wcześniejszym komunikacie dotyczącym bezpieczeństwa wyrobu medycznego.

Wśród wyrobów medycznych do implantacji (por. definicja legalna wyrobu – art. 2 pkt 40 u.w.m.) wycofanych z obrotu i używania wskazać należy w szczególności na implant śródstopia S, w stosunku do którego sporządzono nieprawidłową instrukcję i oznakowanie na ilustracjach w niej zamieszczonych (zamienienie oznakowania „D” i „P” odnoszącego się odpowiednio do podszwowej i grzbietowej strony implantu). W przypadku tzw. implantów urazowych stwierdzano uszkodzenia pudełka tekturowego lub tacki zewnętrznej, skutkujące brakiem sterylności i stwarzających ryzyko zakażenia pacjentów lub konieczności przeprowadzania tzw. operacji rewizyjnych spowodowanych infekcją. Przyczyną o wycofaniu z obrotu i używania niektórych implantów były także informacje o potencjalnym zanieczyszczeniu określonych wyrobów przez środek chłodzący podczas wybranych etapów produkcji, stwarzających ryzyko długoterminowych powikłań, takich jak ból, reakcja niepożądana organizmu, miejscowe obłuzowanie protezy, czy operacja rewizyjna protezy wskutek obłuzowania. Decyzją o wycofaniu z obrotu i używania objęte były też implanty polietylenowe. W tym przypadku były one usuwane ze sprzedaży

i użytkowania z powodu potencjalnej obecności zwiększonych poziomów endotoksyn, które przekraczały dopuszczalny limit. Wady produktu wykrywano podczas rutynowych badań na obecności endotoksyn bakteryjnych (BET)²⁸, z tym zastrzeżeniem, że producent nie otrzymał oficjalnie skarg związanych z tym problemem.

Duża liczba uchybień w produkcji i działaniu wyrobów medycznych dotyczyła cewników lub ich części składowych. Wśród analizowanych spraw stwierdzono m.in. wadę polegającą na braku połączenia złącza typu L. z przedłużką, skutkującą ryzykiem wystąpienia zatoru powietrznego. Najczęstszym jednak motywem decyzji o wycofaniu z obrotu i używania cewników w analizowanych sprawach było istnienie potencjalnego ryzyka, że może dojść do naruszenia systemu bariery sterylnej, prowadzącego do braku sterility produktu i w efekcie potencjalnego ryzyka zakażenia pacjenta. W jednym z analizowanych przypadków mikrocewniki wycofano z obrotu i używania z tego względu, że dany wyrób został wprowadzony na rynek przed oficjalnym zatwierdzeniem go przez jednostkę notyfikowaną. W innym natomiast wytwórca wdrożył procedurę dobrowolnego wycofania dwóch serii cewników do aterektonii 2,1 mm w związku z nieprawidłowym oznakowaniem tych produktów (niektóre cewniki 1,85 mm mogły zostać oznakowane jako cewniki 2,1 mm, a niektóre cewniki 2,1 mm mogły zostać oznakowane jako cewniki 1,85 mm). Wśród analizowanych przypadków stwierdzono m.in. przypadek wycofania wieńcowego cewnika balonowego, z uwagi na fakt, że w produktach z określonych partii mogły występować trudności przy usuwaniu osłonki balonu, która z kolei mogła powodować trudności z pompowaniem lub spuszczeniem powietrza z balonu (potencjalne zagrożenia związane z trudnością w pompowaniu i spuszczeniu powietrza z balonu obejmują m.in. zator powietrzny, dodatkowe interwencje chirurgiczne, zakrzepicę czy zawał mięśnia sercowego). W jednym z zarejestrowanych przypadków nie było możliwe spuszczenie powietrza z balonu, przez co była konieczna operacja, która doprowadziła do wielu powikłań pooperacyjnych i śmierci. To działanie nie dotyczy pacjentów, którzy z powodzeniem przeszli zabiegi serca z wykorzystaniem tych urządzeń. Przy użyciu nadmiernej siły przy zdjęciu osłonki balonu, osłonka może uszkodzić urządzenie, prowadząc do problemów z pompowaniem i spuszczeniem powietrza z balonu. Cewniki angiograficzne były natomiast wycofywane z uwagi na brak dolnego uszczelnienia opakowania, co –

²⁸ Jedynie na marginesie zauważyć należy, że endotoksyny (pirogeny) są substancjami wykrywanymi w niektórych bakteriach, zaś standard przyjęty przez FDA dla poziomów endotoksyn wynosi 20 EU/wyrób. W przedmiotowej sprawie w czasie około 6-tygodniowego okresu wykryto trzy próbki implantów polietylenowych, które przekraczały ten poziom. W rezultacie usuwane są implanty polietylenowe wyprodukowane w tym okresie. Produkty, których dotyczył opisywany problem i które wykazywały potencjał przekraczania limitów endotoksyn, mogły stanowić potencjalne zagrożenia wystąpienia u pacjentów stanów zapalnych, niepożądanych reakcji tkankowych, obłuzowań aseptycznych, czy operacji rewizyjnych.

jak ustalił wytwórca – spowodowane było alternatywnym procesem ponownego drukowania etykiet i pominięciem jednego etapu w procesie pakowania wyrobów (ryzyko nieznacznego przedłużenia zabiegu). Przykładem części składowej omawianych wyrobów medycznych dotkniętych wadą skutkującą wycofaniem całego wyrobu medycznego z obrotu i używania były natomiast strzykawki do mikrocewnika (w tej sytuacji przyczyną decyzji były złe wyniki badań trwałości w czasie rzeczywistym w zakresie tłoka, gdzie błędy pojawiały się w drugim roku użytkowania i mimo, iż produkt mógł być bezpiecznie stosowany przez 18 miesięcy od daty produkcji, wytwórca – w celu uniknięcia błędów – postanowił o wycofaniu z rynku wszystkich partii wyrobu o okresie trwałości 5 lat)²⁹.

Jednymi z ważniejszych wyrobów medycznych są wyroby medyczne do diagnostyki *in vitro* oraz wyroby medyczne z funkcją pomiarową, stosowane przez wykwalifikowanych pracowników medycznych (diagnostów laboratoryjnych) lub samych pacjentów celem samokontroli. W tym przypadku zasadniczą rolę odgrywają wszelkie tzw. testy. W trakcie badań empirycznych w grupie wyrobów medycznych wycofanych z obrotu lub używania stwierdzono m.in. problemy związane z działaniem odczynników, mogące powodować przesunięcie wartości kontroli jakości poza dopuszczalne zakresy lub uzyskiwanie rozbieżnych wyników badań pacjentów (problemu tego nie można było rozwiązać drogą tzw. powtórnej kalibracji). W innym przypadku wycofano immunoanalizatory z uwagi na różnice w odczycie sygnału między paskami użytymi w konkretnej serii wyrobu (część z tych testów nie działała poprawnie, zaś spadek sygnału w pasku prawdopodobnie był związany z koniugatem znajdującym się w studzience nr 4 wyrobu). Tym samym jeśli badanie zostałoby wykonane na wadliwym pasku, wyniki mogły być fałszywie zawyżone z powodu spadku sygnału w pasku³⁰. Analizatory były wycofywane m.in. przez wzgląd na obniżoną stabilność po otwarciu oraz obniżoną stabilność na pokładzie analizatora, co mogło być przyczyną błędnie obniżonego lub pod-

²⁹ Wśród innych przykładów wymienić należy dobrowolnie wycofaną z obrotu i używania przez wytwórcę strzykawkę i końcówkę cewnikową. Strzykawki zostały w tym przypadku wycofywane z powodu wad związanych z przeciekaniem przez korek tłoka, stwierdzonych podczas wewnętrznych rutynowych badań stabilności w czasie rzeczywistym, przy czym wady zaczęły pojawiać się w punkcie czasowym po upływie 2 lat. W wyjątkowych przypadkach mogło to skutkować opóźnieniem podania leczenia, podaniem zbyt małej dawki pacjentowi lub ekspozycją pacjentów lub klinicystów na leki.

³⁰ W innej analizowanej sprawie – wycofanych testów – niektóre paski serii tego testu, wykazywały błąd substratu. Co prawda nie było ryzyka wydania fałszywego wyniku, a jedynie ryzyko opóźnienia wydania wyniku, niemniej jednak liczba wadliwych pasków w poszczególnych opakowaniach nie była znana. Z tego względu w anomalia mogła pojawiać się w kolejno wyjmowanych z opakowania paskach, co z kolei mogło prowadzić do opóźnienia w wydaniu wyniku diagnostycznego.

wyższego wyniku oznaczenia – w danym przypadku – homocysteiny³¹. Obniżona stabilność mogła z kolei prowadzić do wyższej niż oczekiwano zmienności między seriami oraz pogorszenia cech użytkowych produktu. Nadmienić należy, że zagrożenie dla zdrowia wskutek tego problemu było znikome, zaś wskaźnik zagrożenia dla tego testu był niski, gdyż sam analiz wykazywał umiarkowaną korelację z odnośnymi zaburzeniami zdrowia (przykładowo jako marker długoterminowego ryzyka zachorowania na zakrzepicę, udar, chorobę sercowo-naczyniową, zaburzenia neurologiczne), a schematy leczenia polegały jedynie na suplementacji witamin oraz udzieleniu zaleceń dotyczących odżywiania i trybu życia. W innym przypadku wycofania testów tego samego producenta wskazywano na istnienie niewielkiego ryzyka błędnej interpretacji wartości PSA, co mogło opóźnić badanie przerostu gruczołu krokowego lub badanie przebiegu choroby resztkowej po radioterapii. W przypadku bowiem, gdy test PSA jest wykonywany jako pomocnicze badanie w wykrywaniu raka prostaty, skutki kliniczne byłyby ograniczone, ponieważ wartości PSA zostałyby przeanalizowane w korelacji z historią choroby pacjenta, objawami klinicznymi oraz dodatkowymi diagnostycznymi badaniami laboratoryjnymi, jak palpacyjne badanie *per rectum*. Tym samym w sytuacjach, gdy test PSA byłby używany do monitorowania pacjentów po leczeniu raka prostaty metodami innymi niż radykalna prostatektomia (takimi jak na przykład radioterapia), potencjalne skutki kliniczne byłyby ograniczone, ponieważ wyniki zostałyby przeanalizowane w korelacji z historią choroby pacjenta i objawami klinicznymi, a także dzięki seryjnemu monitorowaniu poziomu swoistego antygenu sterczowego (PSA). Wreszcie ten sam producent wycofał z obrotu i używania system do klinicznych analiz chemicznych (AMM) z uwagi na to, że w niektórych seriach testów mogły występować przesunięcia dokładności wyników pacjentów oraz wyników kontroli jakości (w tym przypadku istniało niewielkie ryzyko błędnej interpretacji poziomów amoniaku, co mogło mieć wpływ na decyzje dotyczące leczenia interwencyjnego chorych). Co ciekawe, decyzją o wycofaniu w innych przypadkach objęte były m.in. paski do badania fizykochemicznego moczu z uwagi na błąd produkcyjny, w wyniku którego lokalizacje pól do oznaczania azotynów i leukocytów na paskach testowych są zamienione na grupie określonych fiolek (powodowało to ryzyko nieprawidłowych wyników kontroli jakości w przypadku leukocytów (fałszywie ujemny wynik IRISpec CB), nieprawidłowych wyników kontroli jakości w przypadku azo-

³¹ Wynik oznaczenia analitu homocysteina mógł być różny w zależności od warunków fizjologicznych (wzrost HCY po spożyciu pokarmów bogatych w metioninę) oraz przedanalizacyjnych (np. okres przechowywania: z każdą godziną HCY zwiększa się o 10%, jeżeli pozostaje na skrzepie), a także w zależności od rodzaju próbki, do której pobierana jest próbka, oraz interferencji z niektórymi lekami. Teoretycznie poziomy homocysteiny muszą być interpretowane w powiązaniu z innymi informacjami klinicznymi i laboratoryjnymi, natomiast oznaczenia powinny być powtarzane w określonych odstępach czasowych.

tyków (fałszywie dodatni wynik IRISpec CA lub IRISpec CC), a także (fałszywie dodatni lub fałszywie ujemny wynik w przypadku azotynów i leukocytów dla oznaczanych próbek pacjentów). W jednym z analizowanych spraw wycofano z obrotu i używania tzw. arkusze aplikacyjne do testów z uwagi na występujące w nich błędy i niewłaściwe zastosowanie danych walidacyjnych do stosowania tych testów (wyniki badań mogły być niewiarygodne w odniesieniu do niezatwierdzonych przez producenta analizatorów).

Wśród innych stwierdzonych w trakcie analizy notatek bezpieczeństwa przypadków wycofania wyrobów medycznych należy zwrócić uwagę na takie urządzenia, jak: 1) osłona na lampę zabiegową (rozerwanie osłony podczas nakładania na adapter uchwytu lampy, powodujące naruszenie pola jałowego i zwiększające ryzyko zakażenia); 2) urządzenia do infuzji (nieregularna wada przeciekania w bezigłowym złączu zaworu); 3) воск do kości w sztyfcie (brak sterylności wyrobu na skutek usterki folii pakującej); 4) rurki intubacyjne (wada fabryczna, polegająca na częściowym lub całkowitym przysłonięciu światła wewnętrznego łącznika 15 mm); 5) system do ekstrakcji kwasów nukleinowych (zmiany w wydajności ekstrakcji krzemionki magnetycznej w połączeniu z jedną z pozostałych aplikacji R-gene dla wirusa BK); 6) systemy wprowadzania mikrospiral embolizacyjnych i modułów sterowania odczepianiem (wzrost tarcia w mikrocewniku powodowanego przez odkształcenie zewnętrznej osłonki dystalnej, która ma zapewniać izolację grzejnika rezystancyjnego zespołu modułu pozycjonowania urządzenia); 7) próbki do pobierania krwi (błędny okres przydatności wydrukowany na etykietach oraz opakowaniach tej serii produktu); 8) urządzenie grzewczo-chłodzące; 9) monofilamentowy szew wchłaniający (niekompletne zabezpieczenie opakowania wewnętrznego, co może skutkować przedwczesnym pogorszeniem właściwości materiału, z którego wykonano szwy) oraz sterylność, wchłaniający, wielowłókowy szew chirurgiczny wykonany z kwasu poliglikolowego (nieszczelność opakowań zewnętrznych); 10) zaciskacz do pępowiny (potwierdzony incydent medyczny, polegający na wycieku krwi z kikuta pępowiny po zaciśnięciu sznura pępowinowego); 11) narzędzia stomatologiczne wielokrotnego użytku do przenoszenia i aplikacji pMTA (wyciek czynnika chłodniczego do złącza elektrycznego); 12) infuzory wykorzystywane do analgezji (możliwość przeciekania lub zwiększonej szybkości przepływu w infuzorach); 13) pessar (wykonany z naturalnej gumy lateksowej i stosowany w leczeniu wypadania pęcherza moczowego lub uchyłka odbytniczopochwowego w związku z wypadaniem odbytnicy – błąd znajdował się na etykiecie opakowania zewnętrznego, wskazującym, że produkt nie zawiera lateksu, podczas gdy produkt jest wykonany w 100% z lateksu); 14) światłowody wielokrotnego użytku lasera holmowego (brak w instrukcji szczegółowych informacji na temat czyszczenia, dezynfekcji oraz sterylizacji, stwarzające ryzyko infekcji urologicznych, infekcji ogólnoustrojowych o podłożu urologicznym oraz skutków ubocznych mogących wystąpić w wyni-

ku kontaktu z pozostałością po środkach chemicznych); 15) urządzenia do fototerapii (intensywność światła w systemach wyższa w porównaniu z pierwotną specyfikacją produktu); 16) zawory antyzwrotne (wyciek płynu infuzyjnego – IPA (alkohol izopropylowy/PW 70%–30%), stanowiący środek odkażający stosowany do czyszczenia połączeń bezigłowych, do których są podłączane wymienione zestawy dodatkowe, stwarzający ryzyko niezamierzonego opóźnienia w rozpoczęciu infuzji, narażenia pacjenta na działanie substancji chemicznych, niewystarczającej infuzji, bez wywołania alarmu, czy przerwania infuzji); 16) zestaw z manometrem, igła do biopsji, igła do aspiracji, igła do szpiku kostnego, zestaw do toracentezy, paracentezy (ryzyko związane z integralnością opakowania – szczelnym zamknięciem opakowań produktów, których dotyczy problem); 17) insuflatory brzuszne (ryzyko wytworzenia zbyt wysokiego ciśnienia w ciele pacjenta bez wcześniejszych wizualnych lub dźwiękowych oznak usterki); 18) opatrunek na oko i opatrunek z chlorkiem sodu (naruszenie sterylności opakowania wyrobu medycznego); 19) pakiet do przeprowadzania procedury przeszylnej wewnątrzwątrobowej przetoki wrotno-systemowej, zawierający m.in. cewniki balonikowe, przeznaczone do zakładania przeszylnych wewnątrzwątrobowych przetok wrotno-systemowych w celu utworzenia przewodu wewnątrz miąższu wątrobowego, łącząc dużą żyłę wątrobową z gałęzią głównej żyły wrotnej (niewłaściwa wielkość baloników, stwarzająca potencjalnie ryzyko doprowadzenia do jego nadmiernego rozszerzenia w porównaniu do wielkości stentu i zwiększająca ryzyko wystąpienia encefalopatii); 20) system zastawki (przedwczesne uwolnienie drutu z podpory występującego przed zablokowaniem zastawki w docelowym położeniu – jeżeli do tego dojdzie, nie można całkowicie zablokować zastawki i konieczne jest jej ponowne wycofanie do osłonki i usunięcie z ciała pacjenta, co prowadzi do przedłużenia zabiegu).

V. Podsumowanie

W procesie wytwarzania wyrobów medycznych i ich wprowadzania na rynek podmioty odpowiedzialne powinny kierować się w szczególności takimi regułami, jak zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów niebezpiecznych, zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów przeterminowanych, zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów wprowadzających w błąd oraz zakaz wprowadzania do obrotu wyrobów niezgodnych z wymaganiami. Pamiętając o roli nowoczesnych wyrobów medycznych we współczesnym postępowaniu diagnostycznym i terapeutycznym priorytetem musi być bowiem umożliwienie pacjentom i członkom personelu medycznego dostępu do skutecznych, a nade wszystko bezpiecznych w użytkowaniu produktów.

Wady produkcyjne i związane z tym nieprawidłowości w działaniu wyrobów medycznych w praktyce mogą dotyczyć wszystkich rodzajów narzędzi, in-

strumentów i aparatury medycznej. Przyczyny tego stanu rzeczy wynikają natomiast z błędów i uchybień popełnianych na etapie badań klinicznych wyrobu, fazy jego produkcji (np. zastosowanie niewłaściwych surowców i materiałów), ale również fazy pakowania wyrobów i ich dostarczania (np. niewłaściwe zabezpieczenie i wynikający z tego brak sterylności). Może to skutkować zagrożeniem życia lub zdrowia pacjentów, przejawiającym się w zakażeniach szpitalnych, wydłużeniem czasu prowadzonego zabiegu chirurgicznego, nieskutecznością danego zabiegu czy nawet potrzebą pilnego wykonania operacji rewizyjnej ukierunkowanej przykładowo na usunięcie pozostawionego w organizmie pacjenta materiału. Należy zdawać sobie sprawę z tego, że w opisywanych przypadkach – w większości zdarzeń wyrządzenie choremu dodatkowych dolegliwości związanych z nieprawidłowym działaniem wyrobu medycznego nie będzie powiązane z winą lekarza stosującego taki wyrób (wyjątkową okolicznością jest podjęcie się przez lekarza leczenia pacjenta z wykorzystaniem wadliwego wyrobu medycznego, gdy ma on świadomość uszkodzenia narzędzia lub obiektywnie rzecz ujmując, na podstawie doświadczenia zawodowego i standardów wykonywania procedur medycznych powinien daną wadę wyrobu medycznego zauważyć). W tych sytuacjach ewentualne postępowanie karne nie powinno być ukierunkowane wyłącznie na sprawdzenie, czy w sprawie nie doszło do popełnienia błędu w sztuce lekarskiej, ale musi ono obejmować również weryfikację legalności działania wytwórców i dystrybutorów wyrobów medycznych, jak również pracowników podmiotu leczniczego odpowiedzialnych za zamawianie wyrobów medycznych odpowiedniej jakości i zaopatrywanie w nie oddziałów szpitalnych czy przychodni. Wymóg wszechstronnego gromadzenia materiału dowodowego powinien bowiem każdorazowo uwzględniać podejrzenie popełnienia błędów organizacyjnych, gdzie odpowiedzialność rozszerzona jest również na osoby spoza ścisłego personelu medycznego.

Criminal-law aspects of production and trade of medical devices

Abstract

This paper deals with the rules for placing on the market and using medical devices, stemming from the Law of 20 May 2010 on Medical Devices (consolidated text: Journal of Laws of 2017, item 211), as well as with the criteria for offences whose subject of protection is the safety of trading in medical instruments and equipment. Moreover, using specific examples, it sheds light on causes of defects in medical devices, and on potential and actual consequences of such defects.

Prokurator a odpowiedzialność karna nieletnich

Streszczenie

Granicą wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim jest ukończenie 17 roku życia. W postępowaniu wobec nieletnich prowadzonym przez sąd rodzinny prokurator pełni rolę jednej ze stron. Od zasady tej istnieją jednak wyjątki, umożliwiające prokuratorowi w pewnych przypadkach prowadzenie śledztwa przeciwko nieletniemu. W artykule omówiono te wyjątki i związane z nimi problemy, zwracając uwagę na wątpliwości i trudności w stosowaniu niektórych przepisów regulujących postępowanie w sprawach odpowiedzialności karnej nieletnich. Wyrażając krytyczną ocenę wobec kształtu obowiązujących rozwiązań, wskazano na potrzebę zmian w tym zakresie oraz sformułowano postulaty de lege ferenda, w szczególności dotyczące wyraźnego określenia w przepisach, że w każdym wypadku o przekazaniu sprawy prokuratorowi do dalszego prowadzenia decyduje sąd rodzinny.

Odpowiedzialność karna w prawie polskim powstaje z ukończeniem wieku określonego w przepisach prawa. Stosownie do art. 10 § 1 k.k., jest to ukończenie 17 roku życia. Granica ta pozostaje niezmienną od wprowadzenia jej w Kodeksie karnym z 1932 r.¹ Pominąć tu należy toczące się od lat w doktrynie dyskusje², dotyczące zasadności takiej cezurę wiekowej, bowiem zasługiwałyby na osobny artykuł. Oznacza to także, iż – co do zasady – w sprawach nieletnich prokurator nie ma możliwości prowadzenia postępowania w sprawach przestępstw popełnionych przez osoby, które 17 roku życia nie skończyły. Zgodnie z Kodeksem karnym i ustawą z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich³ możliwe są jednak wyjątki od tej zasady. Pamiętać przy tym trzeba, że dolną granicą odpowiedzialności nieletniego za czyny karalne (a więc przestępstwa i przestępstwa skarbowe oraz niektóre wykroczenia, wymienione enumeratywnie w art. 1 § 2 punkt 2 u.p.n.) jest ukończenie lat 13. Podkreślić należy, że co do zasady postępowanie w sprawach nieletnich prowadzi sąd rodzinny (art. 15 § 1 u.p.n.). Zasada ta dotyczy również postępowania przygotowawczego, na co wskazuje zarówno użycie w art. 15 § 1 określenia w liczbie

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r., Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

² Por. m.in. M. Mączyńska, Kilka uwag o granicach nieletniości w prawie polskim w świetle historycznych, obowiązujących i projektowanych rozwiązań prawnych, (w:) W. Cieślak, S. Steinborn (red.), Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje, Warszawa 2013, s. 350 i wskazana tam literatura.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1654 ze zm. – dalej w skrócie „u.p.n.”

mnogiej („postępowania”), jak i analiza innych przepisów tej ustawy, w szczególności art. 16 i 18 § 2 u.p.n. Przemawiają więc za tym zarówno dyrektywy wykładni językowej, jak i systemowej oraz celowościowej (w tym ostatnim względzie wystarczy odwołać się do preambuły oraz przepisów ogólnych u.p.n.). Przypomnieć trzeba, że do 2 stycznia 2014 r., a więc do wejścia w życie nowelizacji u.p.n. dokonanej ustawą z dnia 30 sierpnia 2013 r.⁴, postępowanie w sprawach nieletnich dzieliło się na postępowanie wyjaśniające (prowadzone przez sędziego rodzinnego), postępowanie przed sądem rodzinnym mogące być postępowaniem opiekuńczo-wychowawczym lub postępowaniem poprawczym, postępowanie odwoławcze i postępowanie wykonawcze. Po wspomnianych zmianach podział ten częściowo uległ zatarciu. Zniknęło pojęcie postępowania wyjaśniającego, a przepisy go dotyczące zostały połączone w jednym rozdziale z przepisami dotyczącymi dotychczasowego postępowania przed sądem rodzinnym. Zasadą stało się, że już od wszczęcia postępowanie (a więc także dotychczasowe postępowanie wyjaśniające) prowadzi sąd rodzinny. W postępowaniu tym prokurator jest jedną ze stron postępowania⁵. Nie pełni w nim roli oskarżyciela publicznego, lecz rzecznika praworządności i interesu publicznego. Rola ta zasługiwałaby na szersze omówienie, które jednak wykracza poza zakres niniejszego tekstu⁶.

Od powyższej reguły zachodzą trzy wyjątki, przewidziane w przepisach art. 16 § 2, 18 § 1 pkt 1 oraz 18 § 1 pkt 2 u.p.n. W praktyce prokuratorskiej, również w ostatnim okresie, stosowanie przepisów dotyczących odpowiedzialności karnej nieletnich wzbudziło szereg wątpliwości⁷. Dotyczyły one w szczególności kwestii, czy o stosowaniu art. 10 § 2 k.k. wobec nieletniego może decydować samodzielnie prokurator prowadzący postępowanie przygotowawcze, a także jaki jest sposób rozumienia użytego w art. 16 § 2 u.p.n. pojęcia „dorosły” – a mianowicie czy chodzi o sprawcę dorosłego w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego, to jest takiego, który ukończył 17 lat, czy też o osobę pełnoletnią w rozumieniu norm prawa cywilnego, która w chwili czynu ukończyła lat 18.

Dlatego też wspomniane wyjątki wymagają szczegółowej analizy.

W art. 16 § 1 u.p.n. uregulowano wypadek, gdy w sprawie o czyn karalny będący przestępstwem lub przestępstwem skarbowym wszczęto postępowanie przeciwko nieletniemu wspólnie z osobą dorosłą. Co do zasady, w takim wypadku prokurator ma obowiązek wyłączyć sprawę nieletniego i przekazać ją sądowi rodzinnemu. Już brzmienie tego przepisu nasuwa pewne wątpliwości. Jest bo-

⁴ Dz. U. z 2013 r., poz. 1165.

⁵ Por. art. 30 § 1 pkt 3 u.p.n.

⁶ Por. P. Górecki, Udział prokuratora w postępowaniu w sprawach nieletnich, *Prok. i Pr.* 1997, nr 2, s. 131; W. Czerwiński, Zadania prokuratora w świetle ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, *Problemy Praworządności* 1983, nr 12, s. 39; M. Lipczyńska, Rola prokuratora w postępowaniu z nieletnimi w świetle ustawy z dnia 26 października 1982 r., *PiP* 1983, nr 10, s. 23.

⁷ Na przykład wyrażonych w piśmie Prokuratora Regionalnego w Katowicach z dnia 22 czerwca 2017 r., RP III WOS 432.19.2017.

wiem powszechnie przyjęte, że wszczęcie postępowania przeciwko osobie (w tym wypadku przeciwko nieletniemu) następuje z chwilą przedstawienia jej zarzutów, do tego momentu zaś toczy się bez określenia, przeciwko komu jest skierowane. Z tego sformułowania wynika zatem, że prokurator jest uprawniony do przeprowadzania postępowania dowodowego celem zebrania danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu przez daną osobę oraz przedstawienia nieletniemu zarzutów, a dopiero po wykonaniu tych czynności ma wyłączyć sprawę nieletniego i przekazać ją sądowi rodzinnemu⁸. W wyjątkowych natomiast wypadkach, przewidzianych w art. 16 § 2 u.p.n., prokurator może od tej zasady odstąpić. Warunkiem tego jest, aby był to szczególnie uzasadniony wypadek, czyn karalny nieletniego pozostawał w ścisłym związku z czynem osoby dorosłej, a dobro nieletniego nie stało na przeszkodzie łącznemu prowadzeniu sprawy. Ustawa nie zawiera jakichkolwiek wskazówek, co należy rozumieć pod pojęciem „ścisłego związku”. Może to być zarówno związek w postaci współdziałania przestępnego w rozumieniu art. 18 § 1 k.k., innej postaci zjawiskowej przestępstwa (jak podżeganie czy pomocnictwo), powiązań między typami przestępstw (na przykład kradzież i paserstwo), czy wreszcie związku czasowo-przestrzennego (na przykład dorosły pobił ofiarę, a nieletni okradł ją korzystając z okazji, która inaczej by się nie zdarzyła). Trzeba zgodzić się ze stanowiskiem, że w myśl zasady *lege non distinguente* chodzi o każdą z wymienionych postaci związku między czynem nieletniego a dorosłego⁹. Z kolei pojęcie „dobro nieletniego” powinno być rozumiane zgodnie z preambułą i zasadami wyrażonymi w szczególności w art. 3 i innych u.p.n. Nie jest też wystarczające samo zaistnienie owego ścisłego związku i braku przeszkód dla dobra nieletniego, skoro ustawodawca wskazał jeszcze na warunek, aby było to „w szczególnie uzasadnionym wypadku”, a więc w razie zaistnienia jakichś wyjątkowych okoliczności. W orzecnictwie wskazywano, że takimi okolicznościami może być w szczególności niewielka różnica wieku między sprawcą dorosłym, który niedawno ukończył 17 lat, a nieletnim, zwłaszcza, gdy inicjatorem czynu był nieletni¹⁰.

W takich wypadkach prokurator może wszczęć lub kontynuować postępowanie, zawsze w formie śledztwa. W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd¹¹, że decyzję taką prokurator podejmuje samodzielnie, chyba że nieletniemu zarzuca się czyn wymieniony w art. 10 § 2 k.k. W tym wypadku bowiem prowadzenie postępowania przygotowawczego należy do sądu rodzinnego, co wynika zda-

⁸ Por. A. G a b e r l e, O wykładni i stosowaniu art. 16 u.p.n., czyli jak nie należy konstruować przepisów prawnych, (w:) P. H o f m a Ń s k i, S. W a ł t o ś (red.), W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcył-Wolskiej, Warszawa 2009, s. 270 i wskazana tam literatura.

⁹ *Ibidem*, s. 273.

¹⁰ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 stycznia 2005 r., sygn. II AKa 252/04, KZS 2005, nr 3, poz. 37.

¹¹ Por. P. G ó r e c k i, V. K o n a r s k a - W r z o s e k, Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz, Warszawa 2015, s. 121–122.

niem komentatorów z art. 18 § 2 u.p.n. Problem ten wymaga jednak szerszej analizy przy okazji omówienia tego ostatniego przepisu.

Z określenia „wszczyna lub prowadzi śledztwo” wydaje się wynikać, że prokurator powinien prowadzić śledztwo osobiście, co wyklucza powierzenie prowadzenia śledztwa w całości Policji¹². Po ukończeniu śledztwa prokurator bądź je umarza, bądź przekazuje sprawę nieletniego sądowi rodzinnemu. Pomimo nieprecyzyjnej redakcji przepisu (*prima vista* wydawałoby się, że mowa o umorzeniu śledztwa w całości) należy przyjąć, że zdanie drugie art. 16 ust. 2 dotyczy sposobu zakończenia śledztwa w części dotyczącej nieletniego, co w żadnym razie nie przesądza o sposobie jego zakończenia w odniesieniu do osoby dorosłej, której czyn pozostaje w ścisłym związku z czynem nieletniego. W stosunku do osoby dorosłej możliwe jest więc zakończenie śledztwa np. wniesieniem aktu oskarżenia do właściwego sądu. Trzeci rodzaj zakończenia śledztwa wynika z oceny, że konieczne jest łączne rozpoznanie sprawy. Wówczas prokurator przekazuje sprawę wraz z aktem oskarżenia sądowi właściwemu według przepisów Kodeksu postępowania karnego. Sąd ten orzeka w sprawie nieletniego z zachowaniem przepisów ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, co też może być argumentem wskazującym na to, że art. 16 ust. 2 u.p.n. nie ma zastosowania do orzekania w przypadkach, o których mowa w art. 10 § 2 k.k. Podkreślić trzeba, że piśmiennictwo¹³ i orzecznictwo Sądu Najwyższego¹⁴ zgodnie wskazuje, że prokurator kierując do sądu akt oskarżenia przeciwko dorosłemu i nieletniemu jest zobowiązany wykazać nie tylko istnienie przesłanek wymaganych przez art. 16 § 2 u.p.n. do prowadzenia śledztwa, ale ponadto uzasadnić, dlaczego łączne rozpoznanie spraw nieletniego i dorosłego jest konieczne.

Przy okazji podnoszonych niekiedy wątpliwości należy stanowczo wyrazić stanowisko, że określenia „dorosły” i „osoba dorosła” użyte w art. 16 u.p.n. oznaczają osobę, która dopuściła się czynu zabronionego po ukończeniu 17 lat. Takie rozumienie zgodnie przyjmuje doktryna¹⁵. Przemawiają za tym względy wykładni systemowej, a mianowicie analiza samego art. 16 u.p.n. w zestawieniu z przepisami art. 10 § 1 i 2 k.k. Również wykładnia celowościowa przemawia za takim rozumieniem, bowiem użyto tych zwrotów w kontekście zróżnicowania

¹² Por. A. Gaberle, *op. cit.*, s. 276.

¹³ Por. m.in. V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 153; A. Gaberle, *op. cit.*, s. 279.

¹⁴ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1984 r., sygn. IV KZ 18/84, OSNKW 1984, nr 9–10, poz. 105; wyrok SN z dnia 9 lipca 1997 r., sygn. V KKN 217/97, Prok. i Pr. 1998, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 19.

¹⁵ Por. w szczególności T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 128; A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk 2002, s. 100–101; P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 122; K. Gromek, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Warszawa 2001, s. 177; A. Gaberle, *op. cit.*, s. 271.

zasad odpowiedzialności za czyny stanowiące przestępstwa. Prawo polskie nie zna zaś jednolitej i uniwersalnej definicji „dorosłego”, właściwej dla wszystkich jego gałęzi. Prawo cywilne posługuje się określeniem „pełnoletni” (art. 10 k.c.), które zwykle utożsamia się z pojęciem „dorosły”, używanym na gruncie niektórych innych dziedzin prawa, zwłaszcza o charakterze proceduralnym (por. w szczególności art. 43 k.p.a. czy art. 132 § 2 k.p.k.). Nie może ono jednak być przenoszone na grunt prawa karnego.

Kolejny wyjątek od zasady właściwości sądu rodzinnego uregulowany jest w art. 18 § 1 pkt 1 u.p.n., zgodnie z którym, jeżeli zachodzą podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k., rozpoznaje sprawę sąd właściwy według przepisów Kodeksu postępowania karnego. Postępowanie w takim wypadku toczy się również według przepisów k.p.k., jednak z modyfikacjami wskazanymi w art. 18 § 2 pkt 1 u.p.n.

Stosownie do art. 10 § 2 k.k. może ponieść odpowiedzialność karną nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuszcza się jednego z czynów zabronionych wymienionych w tym przepisie, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. Katalog czynów wymienionych w art. 10 § 2 k.k. obejmuje: art. 134 k.k. (zbrodnia zamachu na życie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej), art. 148 § 1, 2 lub 3 (zbrodnia zabójstwa), art. 156 § 1 lub 3 (zbrodnia¹⁶ umyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, także skutkującego śmiercią człowieka), art. 163 § 1 lub 3 (występek umyślnego spowodowania zdarzenia powszechnie niebezpiecznego, także z następstwem w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób), art. 166 (występek zawładnięcia statkiem wodnym lub powietrznym oraz zbrodnie z tego przepisu w typach kwalifikowanych przez określone następstwa), art. 173 § 1 lub 3 (występki umyślnego spowodowania katastrofy w komunikacji, także z następstwem w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób), art. 197 § 3 lub 4 (zbrodnie zgwałcenia zbiorowego, wobec małoletniego poniżej 15 lat, wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry albo ze szczególnym okrucieństwem), art. 223 § 2 k.k. (występek czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego skutkującej ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu funkcjonariusza lub osoby do pomocy mu przybranej), art. 252 § 1 lub 2 (zbrodnia wzięcia lub przetrzymywania zakładnika, także połączona ze szczególnym udręczeniem), art. 280 k.k. (występek rozboju w typie podstawowym oraz zbrodnia w typie kwalifikowanym, związanym z użyciem broni palnej, noża lub innego podobnie niebezpiecznego przedmiotu lub środka obezwładniającego). Niezależnie od dyskusyjności obję-

¹⁶ Do nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 23 marca 2017 r. (Dz. U. z 2017 r., poz. 773), a obowiązującej od dnia 13 lipca 2017 r., czyny te były występками.

cia omawianym przepisem właśnie tych – a nie również innych poważnych – przestępstw, jest to katalog zamknięty, a więc skazanie nieletniego przez sąd karny według zasad przewidzianych w Kodeksie karnym za czyn nienależący do tego katalogu stanowi rażące naruszenie prawa materialnego¹⁷. Sporne jest natomiast, czy można wobec nieletniego odpowiadającego na podstawie art. 10 § 2 k.k. zastosować kwalifikację kumulatywną w wypadku rzeczywistego zbiegu jednego z przepisów wymienionych w art. 10 § 2 k.k. z innym niewymienionym w tym przepisie. O ile doktryna moim zdaniem słusznie dopuszcza taką możliwość kierując się potrzebą odzwierciedlenia pełnej ujemnej zawartości czynu¹⁸, o tyle w orzecznictwie w zasadzie jednolicie możliwość taką się odrzuca¹⁹.

Wydaje się, że art. 18 § 2 u.p.n. w omawianym zakresie został zrehabilitowany nie do końca precyzyjnie. Zamiast określenia „w sprawach, o których mowa (...)” w pkt 1” właściwsze byłoby określenie na przykład „w sprawach, w których nieletniemu zarzucono popełnienie jednego z czynów wymienionych w art. 10 § 2 k.k.” Rozróżnić bowiem należy sytuację, w której zachodzą podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k. od sytuacji, gdy nieletniemu zarzuca się popełnienie jednego z przestępstw enumeratywnie wymienionych w art. 10 § 2 k.k. Samo popełnienie takiego przestępstwa nie jest jednak wystarczającą przesłanką orzeczenia kary na podstawie art. 10 § 2 k.k. Konieczne jest spełnienie innych przesłanek określonych w tym przepisie, jak okoliczności sprawy, stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, w szczególności bezskuteczność poprzednio stosowanych środków wychowawczych lub poprawczych²⁰. Każda z tych przesłanek wymagałaby odrębnego omówienia; w tym zakresie odesłać należy do piśmiennictwa i orzecznictwa²¹, gdyż dla celów niniejszego opracowania istotne nie jest określenie treści wspomnianych przesłanek, lecz to, kto *in concreto* decyduje o ich spełnieniu.

Do wyjątków wskazanych w art. 18 § 2 pkt 1 u.p.n. należy w szczególności zasada prowadzenia postępowania przygotowawczego przez sąd rodzinny, gdy postępowanie wszczęto przed ukończeniem przez nieletniego 18 lat, z tym, że przepisy art. 16 oraz art. 32k u.p.n. stosuje się odpowiednio. Wymaga zatem

¹⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2009 r., sygn. II KK 32/09, OSNwSK 2009, poz. 642.

¹⁸ Por. A. Zołł, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 179–180; A. Walczak-Żochowska, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, 3. wydanie, Warszawa 2017, s. 178.

¹⁹ Por. wyroki Sądów Apelacyjnych: w Lublinie z dnia 5 maja 1995 r., sygn. II Ak 47/95, OSA 1995, nr 4, poz. 23; we Wrocławiu z dnia 19 czerwca 2001 r., sygn. II AKa 218/01, OSA 2001, nr 10, poz. 63 czy w Katowicach z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. II AKa 313/14, LEX nr 1665550.

²⁰ Por. M. Maraszek, Odpowiedzialność karna nieletnich (art. 10 § 2 k.k., art. 13 i 91 u.niel., PS 2011, nr 7–8, s. 125 i in.

²¹ Por. M. Maraszek, *op. cit.*, s. 128–129; A. Zołł, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), *op. cit.*, s. 181 i n.; także wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 października 2015 r., sygn. II AKa 262/15, Legalis nr 1360978.

rozważenia, co w tej sytuacji oznacza „odpowiednie stosowanie” tych przepisów w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym przez sąd rodzinny.

Problem „odpowiedniości” stosowania był przedmiotem wielu wypowiedzi i analiz w orzecznictwie²² i piśmiennictwie²³. Nie wdając się w szersze rozważania teoretyczne należy tu wskazać, iż zastrzeżenie „odpowiedniości” jest odesłaniem nie wprost, lecz niejako pośrednim i ma na celu uczulenie interpretatora przepisów na szczególny charakter takiego odesłania. Stosowanie przepisów odniesienia może być pełne, ograniczone (ze zmianami, wynikającymi z dostosowywania do rozważanych przypadków) lub też przepisy odniesienia mogą nie być wcale stosowane z uwagi na ich bezprzedmiotowość czy sprzeczność z przepisami podstawowymi²⁴. Nakaz stosowania określonych przepisów „odpowiednio” oznacza, że przy ich stosowaniu należy uwzględnić specyfikę spraw, których dotyczy takie odesłanie²⁵.

Najbardziej podstawowe znaczenie „odpowiedniego” stosowania przepisu prawa wyraża się więc w posłużeniu się przepisem z obszaru normowania odmiennej instytucji prawnej. Wyprowadzone kolejno z obu przepisów (przepis odesłania i przepis odsyłający) normy różnią się wówczas elementami związanymi z jedną tylko z tych instytucji²⁶.

Tak pojmowany aspekt formalny nie wyjaśnia jednak w pełni istoty „odpowiedniego” stosowania prawa. Należy bowiem uwzględnić konsekwencje tego, że przepis, który ma być odpowiednio stosowany, jest źródłem normy kierowanej do dwóch zakresów odniesienia. Pierwszy z nich reguluje instytucję prawną, z którą przepis odesłania jest bezpośrednio związany. Drugi zakres odniesienia obejmuje regulację innej instytucji, przy której normowaniu zamieszczono przepis odsyłający. Treść normy funkcjonującej w pierwszym zakresie odniesienia daje się ustalić wprost z brzmienia przepisu odesłania. Natomiast przeniesienie tej normy poza macierzysty zakres regulacji odbywa się z założonym przez ustawodawcę dostosowaniem do drugiego zakresu odniesienia, dopuszczonym formułą „odpowiedniego” stosowania przepisu. Przy ustalaniu sposobu dostosowania normy w drugim zakresie odniesienia, niezbędne staje się wykorzystanie zasad wykładni systemowej i funkcjonalnej. Te zaś skłaniają do przyjęcia, że stosowanie normy w drugim zakresie odniesienia, chociaż „odpowiednie”, po-

²² Por. uchwała SN z dnia 30 stycznia 2001 r., sygn. I KZP 50/00, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 16.

²³ Por. J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, nr 3, s. 374; Z. Siwik, „Odpowiednie” stosowanie przepisów kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym, Przegląd Prawa i Administracji, t. XXIII, Wrocław 1987, s. 97; M. Hauser, Odpowiednie stosowanie przepisów prawa – uwagi porządkujące, Przegląd Prawa i Administracji, t. LXV, Wrocław 2005, s. 151.

²⁴ L. Morawski, Wykłady w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 300; M. Hauser, *op. cit.*, s. 159; J. Nowacki, *op. cit.*, s. 370 i n.

²⁵ G. Wierczyński, Redagowanie i ogłaszanie aktów prawnych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 769–770.

²⁶ J. Nowacki, *op. cit.*, s. 374.

winno nastąpić w sposób najbardziej zbliżony do tego, w jakim funkcjonuje ona w pierwszym zakresie. Przy odmiennym założeniu posłużenie się odesłaniem do innego przepisu, odpowiednio stosowanego, traciłoby rację bytu, gdyż osłabiałoby wymóg ścisłego i jasnego określenia granic obowiązywania normy prawnej, jako wzorca powinno zachowania się jej adresata²⁷.

Zasługuje na uwagę, że w przepisie art. 18 § 2 pkt 1 odesłano do odpowiedniego stosowania całego art. 16 u.p.n., a więc także jego § 2. Kierując się narzędziami wykładni językowej można byłoby zatem przyjąć, że w takiej konfiguracji procesowej (popelnienia czynu karalnego przez nieletniego w ścisłym związku z czynem osoby dorosłej) prokurator może podjąć samodzielnie decyzję o wszczęciu lub kontynuowaniu śledztwa, a następnie skierować akt oskarżenia do sądu karnego (który orzeka wówczas na zasadach określonych w art. 10 § 2 i 3 k.k.). Pogląd taki wyrażany był przez niektórych komentatorów²⁸. Za taką wykładnią mogłyby niekiedy przemawiać względy ekonomii procesowej. Dotyczy to sytuacji, gdy w sprawie wszczęte już zostało postępowanie przygotowawcze przez prokuratora, a dopiero w jego toku okazuje się, że współsprawcą przestępstwa z katalogu wymienionego w art. 10 § 2 k.k. jest nieletni. Wyłączenie sprawy nieletniego i przekazanie do prowadzenia postępowania przygotowawczego sądowi rodzinnemu, który następnie po stwierdzeniu, że zachodzą warunki wymierzenia nieletniemu kary przekazuje sprawę z powrotem prokuratorowi, może nie sprzyjać sprawności postępowania. Trzeba też dodać, że przekazanie sprawy sądowi rodzinnemu powoduje, iż prokurator w tym zakresie z organu prowadzącego postępowanie staje się jego stroną. Warto też zwrócić uwagę, że wśród wyjątków wymienionych w art. 18 § 2 pkt 1 u.p.n. znalazło się wskazanie możliwości tymczasowego aresztowania nieletniego (tylko wtedy, gdy umieszczenie w schronisku dla nieletnich byłoby niewystarczające). W doktrynie sporne jest, czy o zastosowaniu tymczasowego aresztowania decyduje sąd rodzinny²⁹, czy też sąd karny³⁰, co wydaje się bardziej przekonujące. Niezależnie od słuszności jednego z tych stanowisk nie ulega wątpliwości, że jedynym podmiotem uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania jest prokurator. Wynika to wprost z art. 250 k.p.k., a więc – jak się wydaje – nastąpić może tylko w sytuacji, gdy postępowanie przygotowawcze w sprawie nieletniego, który dopuścił się czynu wymienionego w art. 10 § 2 k.k., prowadzi prokurator. Ten argument natury systemowej nie ma jednak charakteru przesądzającego o możliwości

²⁷ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 75; por. także uchwała SN z dnia 30 stycznia 2001 r., sygn. I KZP 50/00, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 16 i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2014 r., sygn. I KZP 22/14, OSNKW 2015, nr 1, poz. 2.

²⁸ Por. K. Gromek, *op. cit.*, s. 202; także A. Gaberle, *op. cit.*, s. 276.

²⁹ Tak np. P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wydanie 5, Warszawa 2010, s. 79–80.

³⁰ Tak W. Grzeszczyk, *Właściwość sądu do stosowania tymczasowego aresztowania wobec nieletniego*, *Prok. i Pr.* 2002, nr 7–8, s. 137 i n.

samodzielnego wszczynania lub prowadzenia śledztwa przez prokuratora z uwagi na równoczesne odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 32k u.p.n.

Przepis art. 32k u.p.n., obowiązujący od dnia 2 stycznia 2014 r. (zastąpił obowiązujący do tego czasu analogiczny art. 42 § 3 u.p.n.) stanowi, że w razie ujawnienia się okoliczności uzasadniających orzeczenie wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k., sąd rodzinny wydaje postanowienie o przekazaniu sprawy prokuratorowi. Na postanowienie to stronom służy zażalenie. Po uprawnieniu się postanowienia o przekazaniu prokurator prowadzi dalej postępowanie (w formie śledztwa) i kończy je zasadniczo sporządzeniem aktu oskarżenia. Stosownie do art. 32k § 2 u.p.n., w razie ujawnienia nowych okoliczności wskazujących, iż nie zachodzi potrzeba pociągnięcia nieletniego do odpowiedzialności karnej, prokurator nie sporządza aktu oskarżenia i przekazuje sprawę sądowi rodzinnemu. Mając na uwadze odpowiednie stosowanie art. 16 u.p.n. należy przyjąć, że prokurator w tej fazie postępowania może także podjąć decyzję o umorzeniu śledztwa przeciwko nieletniemu (na przykład wobec stwierdzenia, że czynu nie popełniono lub też z powodu niepoczytalności sprawcy).

Zasługuje na podkreślenie, że przepis art. 32k u.p.n. znajduje się w rozdziale 1a Działu III – Postępowanie przed sądem, zatytułowanym „Przebieg postępowania”. Zasadniczo znajduje zatem zastosowanie w postępowaniu wszczętym przez sąd rodzinny na podstawie art. 32a u.p.n. i prowadzonym według przepisów tej ustawy, przy odpowiednim stosowaniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego i Kodeksu postępowania karnego w zakresie określonym w art. 20 u.p.n. W rządowym projekcie ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw³¹ pierwotna treść zmiany art. 18 § 2 pkt 1 lit. a miała postać: „postępowanie przygotowawcze prowadzi sąd rodzinny, z tym że przepisy art. 16 oraz art. 32k stosuje się”³². Zapis o stosowaniu „odpowiednim” pojawił się na etapie prac podkomisji nadzwyczajnej, a mianowicie na posiedzeniu w dniu 9 maja 2013 r., kiedy przedstawiciel Biura Legislacyjnego zwrócił uwagę, że w tej sytuacji procesowej przepis art. 32k nie może być stosowany wprost³³.

Orzecznictwo zasadniczo zgodnie stoi na stanowisku, iż prokurator staje się uprawnionym oskarżycielem w sprawie nieletniego, który dopuścił się czynu wymienionego w art. 10 § 2 k.k., a postępowanie wszczęto zanim ukończył lat 18 dopiero wówczas, gdy sąd rodzinny przekazał mu sprawę postanowieniem wydanym na podstawie art. 32k (poprzednio art. 42 § 3) u.p.n.³⁴ Warto zauwa-

³¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1165.

³² Por. druk nr 1130 Sejmu RP VII kadencji – tekst ze stron internetowych Sejmu.

³³ Por. zapis archiwalny transmisji ze stron internetowych Sejmu RP.

³⁴ Por. w szczególności wyroki Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 6 czerwca 2002 r., sygn. II AKa 117/02, KZS 2002, nr 12, poz. 50; Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 lutego 2004 r., OSA 2005, nr 2, poz. 13 czy postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 września 2007 r., sygn. II AKz 200/07, KZS 2007, nr 5, poz. 49.

żyć, że wymienione orzeczenia zapadły w sprawach, w których nieletni był jedynym oskarżonym. Prezentowany w tych orzeczeniach pogląd, że postępowanie przygotowawcze przeciwko nieletniemu, gdy dopuścił się on czynu wymienionego w art. 10 § 2 k.k., należy do wyłącznej kompetencji sądu rodzinnego – podzielił zasadniczo Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 grudnia 2007 r., sygn. IV KK 285/97³⁵, jednakże wskazał na możliwość odstępstwa od niego w określonej konfiguracji procesowej. We wspomnianej sprawie w początkowej fazie postępowania przygotowawczego prowadzonego przez prokuratora nieletniemu zarzucono popełnienie wspólnie z dorosłym czynu kwalifikowanego na podstawie innych przepisów, niż wymienione w art. 10 § 2 k.k. (w tym wypadku pobicia w celu wywarcia wpływu na świadka). Sąd Najwyższy uznał, że w takim wypadku prokurator był władny samodzielnie podjąć decyzję co do łącznego prowadzenia sprawy nieletniego wspólnie z dorosłym na podstawie art. 16 § 2 zdanie 1 u.p.n. Pod koniec prowadzonego postępowania przygotowawczego prokurator zmodyfikował pierwotny zarzut postawiony nieletniemu uznając, że nieletni działając wspólnie z dorosłym doprowadził nadto pokrzywdzoną do poddania się innej czynności seksualnej oraz do obcowania pciowego, zakwalifikował jego czyn kumulatywnie również z art. 197 § 3 k.k., a więc przepisu wymienionego w dyspozycji art. 10 § 2 k.k. Następnie zamknął śledztwo w tej sprawie i skierował do sądu akt oskarżenia przeciwko nieletniemu o czyn popełniony wspólnie z dorosłym. Sąd Najwyższy akceptując takie postępowanie prokuratora uznał, że nastąpiło nabycie przez niego prawa do skargi, uzasadnione istniejącą w tej sprawie jednością czynu (pobicia w celu wywarcia wpływu na świadka oraz zgwałcenia). Nie wchodząc w szczegółowe rozważania, można mieć poważne wątpliwości co do słuszności stanowiska Sądu Najwyższego o „jedności czynu”. Orzeczenie to nakazuje jednak głębszą refleksję nad wpływem konfiguracji procesowej na możliwość stosowania przepisów dotyczących właściwości organów do prowadzenia postępowania.

Rozważenia wymaga tu kilka sytuacji zróżnicowanych pod względem układu procesowego. Stosunkowo prosta jest ocena zdarzenia, gdy nieletni sprawca (lub sprawcy, ale wyłącznie nieletni, w każdym wypadku w wieku od 15 do 17 lat) jednego z przestępstw wymienionych w art. 10 § 2 k.k. – na przykład rozbój z użyciem niebezpiecznego narzędzia z art. 280 § 2 k.k. – zostaje schwytany na gorącym uczynku lub bezpośrednio po popełnieniu czynu. Policja zatrzymująca takiego nieletniego (którego należy umieścić w policyjnej izbie dziecka) niezwłocznie zawiadamia o tym sąd rodzinny (art. 32g u.p.n. stosowany odpowiednio zgodnie z art. 18 § 2 pkt 1 lit. d), ten zaś wszczyna postępowanie przygotowawcze i prowadzi je według przepisów k.p.k. Po jego przeprowadzeniu i zebraniu stosownych danych, gdy uznaje, iż zachodzą podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k., sąd rodzinny wydaje

³⁵ Legalis nr 162856.

postanowienie o przekazaniu sprawy prokuratorowi. Ten zaś kontynuuje postępowanie przygotowawcze (może dojść do wniosku, że zachodzą podstawy do zastosowania tymczasowego aresztowania, bowiem umieszczenie w schronisku dla nieletnich byłoby niewystarczające; wówczas kieruje stosowny wniosek do sądu) i sporządza akt oskarżenia, bądź w razie ujawnienia nowych okoliczności wskazujących, iż nie zachodzi potrzeba pociągnięcia nieletniego do odpowiedzialności karnej – przekazuje sprawę z powrotem sądowi rodzinnemu. Oczywiście sąd rodzinny w postępowaniu przygotowawczym może też dojść do wniosku, że nie zachodzą podstawy orzeczenia wobec nieletniego kary, a wystarczy zastosowanie środków wychowawczych lub poprawczych. Orzeka wówczas o zastosowaniu takich środków. Na marginesie należy też wspomnieć, że sąd rodzinny może także dojść do wniosku w toku postępowania przygotowawczego, że nieletni nie popełnił zarzucanego mu czynu (na przykład okaże się, że sprawcą był ktoś inny) lub zachodzi inna okoliczność wyłączająca postępowanie, a wówczas postępowanie winien umorzyć w oparciu o przepis art. 17 § 1 k.p.k.

Podobnie nie budzi wątpliwości sytuacja, gdy sąd rodzinny prowadzi postępowanie wszczęte na podstawie art. 32a u.p.n. wobec nieletniego o dopuszczenie się czynów karalnych nie objętych zakresem art. 10 § 2 k.k. (na przykład o szereg kradzieży) i w toku tego postępowania wychodzi na jaw, że nieletni dopuścił się także czynu wymienionego w tym artykule (na przykład wraz z innymi nieletnimi dopuścił się także rozbojów). Wtedy obowiązkiem sądu rodzinnego będzie wszczęcie postępowania (w formie śledztwa) w stosunku do czynu (lub czynów) wymienionego w art. 10 § 2 k.k. i po jego przeprowadzeniu dokonanie oceny, czy zachodzą podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary. W zależności od tej oceny postępuje w jeden ze sposobów opisanych w poprzednim wypadku.

Inaczej przedstawia się sytuacja, gdy popełniony został czyn zabroniony należący do wymienionych w art. 10 § 2 k.k. – na przykład zabójstwo – lecz nie jest znany jego sprawca bądź sprawcy. Obowiązkiem prokuratora jest wtedy wszczęcie śledztwa, przy czym doświadczenie wskazuje, iż bardzo często będzie to śledztwo powierzone Policji. Warto tu podkreślić, że we wszystkich sprawach z zakresu zawartego w art. 10 § 2 k.k. konieczne jest prowadzenie postępowania w formie śledztwa. Wynika to bowiem z tego, że – zgodnie z art. 309 k.p.k. – należą one do właściwości sądu okręgowego jako zbrodnie lub niektóre występki wymienione w art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k. (przykładowo z art. 163 § 3 k.k.) lub też należą do spraw, w których nie prowadzi się dochodzenia. Do tej ostatniej kategorii należą zaś pozostałe występki zagrożone karą przekraczającą 5 lat pozbawienia wolności (*vide* art. 325b pkt 1 k.p.k.). W toku tego śledztwa uzyskane zostają dowody wskazujące na to, że sprawcą czynu był nieletni, który w chwili jego popełnienia ukończył 15 lat. Jeśli w momencie zebrania dowodów pozwalających na przedstawienie nieletniemu zarzutów nie ukończył on jeszcze 18 lat, obowiązkiem prokuratora jest przekazanie sprawy sądowi rodzinnemu, który powinien prowadzić dalej postępowanie przygotowawcze (w formie śledz-

twą) zgodnie z zasadami określonymi w art. 18 § 2 pkt 1 u.p.n. Dalsze decyzje sądu rodzinnego mogą przybierać postać opisanych w pierwszej sytuacji, zatem aby sprawa trafiła z aktem oskarżenia do sądu właściwego według Kodeksu postępowania karnego, musi zostać przekazana znowu prokuratorowi.

Wreszcie rozważyć trzeba przypadek, gdy śledztwo wszczęte przez prokuratora w sprawie jednego z czynów wymienionych w art. 10 § 2 k.k. pozwala na przyjęcie, że czynu tego dopuścił się nieletni w ścisłym związku z dorosłym. Wydaje się, że z uwagi na specyfikę czynów z tego katalogu w grę może tu wchodzić raczej tylko jedna z postaci zjawiskowych przestępstwa – współdziałania, sprawstwa kierowniczego, podżegania czy pomocnictwa. Niezależnie od tego, czy udział nieletniego był znany od początku postępowania, czy też ujawniony został dopiero w toku śledztwa, zasadniczo prokurator powinien wówczas wyłączyć sprawę nieletniego i przekazać ją do dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego sądowi rodzinnemu. Narzędzia wykładni językowej (odwołanie do odpowiedniego stosowania art. 16 u.p.n., zawarte w art. 18 § 2 pkt 1 lit. a u.p.n.) dawałyby na pozór podstawę do przyjęcia możliwości, że w szczególnie uzasadnionych wypadkach prokurator może sam podjąć decyzję o wszczęciu lub kontynuowaniu śledztwa również przeciw nieletniemu działającemu wraz z dorosłym.

Wydaje się jednak, że zarówno względy natury systemowej (odwołanie w art. 16 u.p.n. do dobra nieletniego) i celowościowej (ogólne cele postępowania wobec nieletniego, wyrażone w art. 3 u.p.n.), jak i gwarancyjny charakter przejawiający się w zaskarżalności postanowienia wydanego na podstawie art. 32k u.p.n. przemawiają przeciwko możliwości uprawnienia prokuratora do zastąpienia sądu rodzinnego w ocenie, że istnieją podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie mogłoby usunąć wyraźne wskazanie w art. 18 u.p.n., że o tym, czy zachodzą podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k., gdy postępowanie wszczęto przed ukończeniem przez niego 18 roku życia, decyduje w postępowaniu przygotowawczym zawsze sąd rodzinny.

Decyzja ta dopiero może otworzyć prokuratorowi możliwość dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego i nabycia prawa do skargi (wniesienia aktu oskarżenia) do sądu właściwego według przepisów Kodeksu postępowania karnego. Ten ostatni sąd nie jest oczywiście związany stanowiskiem sądu rodzinnego i może uznać, że nie zachodzą okoliczności uzasadniające orzeczenie wobec nieletniego kary (w szczególności, jeśli uzupełni materiał dowodowy na przykład przez nowe czy uzupełniające opinie biegłych psychiatrów i psychologa). Wówczas może orzec wobec nieletniego oskarżonego środki wychowawcze bądź poprawcze według u.p.n.³⁶

³⁶ Por. T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Postępowanie w sprawach...*, s. 189 i wskazane tam postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 sierpnia 2009 r., sygn. II AKz 566/09, LEX nr 553816.

Trzeci wyjątek od zasady właściwości sądu rodzinnego przewiduje art. 18 § 1 pkt 2 u.p.n. Zgodnie z nim sąd właściwy według przepisów Kodeksu postępowania karnego rozpoznaje sprawę, jeżeli przeciwko nieletniemu, który dopuścił się czynu karalnego należącego do kategorii przestępstw lub przestępstw skarbowych, wszczęto postępowanie po ukończeniu przez nieletniego 18 lat. Postępowanie toczy się wówczas według przepisów Kodeksu postępowania karnego (lub Kodeksu karnego skarbowego, jeśli czyn zabroniony jest przez ustawę jako przestępstwo skarbowe). Jak to już wcześniej wspomniano, przez wszczęcie postępowania należy tu oczywiście rozumieć wszczęcie postępowania *ad personam*, nie zaś *in rem*, co wynika wprost z określenia „przeciwko nieletniemu”. Sprawa toczy się wówczas w całej rozciągłości według procedury karnej, a zatem także prowadzenie postępowania przygotowawczego należy do organów właściwych według tej procedury, nie zaś sądu rodzinnego. Przepis art. 18 § 1 pkt 2 ma charakter wyłącznie procesowy i nie daje podstaw do stosowania wobec nieletniego jakichkolwiek środków lub kar³⁷. Do dnia 2 stycznia 2014 r. w takiej sytuacji możliwe było wymierzenie nieletniemu kary w oparciu o przepis art. 13 u.p.n. Stanowił on, że jeśli wobec nieletniego, który dopuścił się czynu, o którym mowa w art. 1 § 2 pkt 2 lit. a u.p.n. (a więc stanowiącego przestępstwo lub przestępstwo skarbowe), ale w chwili orzekania ukończył lat 18, zachodzą podstawy do orzeczenia umieszczenia w zakładzie poprawczym – sąd rodzinny może wymierzyć karę, gdy uzna, że wymierzenie środka poprawczego nie byłoby już celowe. Wydając wyrok skazujący sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary. Przepis ten, stosowany wcale nierzadko przez sądy karne, był silnie krytykowany w doktrynie jako pozwalający przypisać winę i wymierzyć karę nieletnim z mocą wsteczną³⁸. W efekcie uchylony został ustawą z dnia 30 sierpnia 2013 r.³⁹ Następstwem tego jest pewna niekonsekwencja wynikająca ze stosowania art. 18 § 1 pkt 2. Oto bowiem po przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego według zasad Kodeksu postępowania karnego i skierowaniu przez prokuratora aktu oskarżenia przeciwko nieletniemu sprawcy, który ukończył już 18 lat, do sądu karnego – sąd ten będzie mógł zastosować wobec tego sprawcy jedynie środki wychowawcze lub poprawcze wymienione w art. 6 u.p.n. Co więcej, jeśli sprawca taki w chwili orzekania ukończył już lat 21, sądowi nie pozostanie nic innego, jak postępowanie umorzyć wobec zaistnienia ujemnej przesłanki procesowej (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.), skoro umieszczenie w zakładzie poprawczym stosuje się do ukończenia przez nieletniego 21 lat (art. 94 u.p.n.)⁴⁰. Oczywiście dotyczy to przestępstw nie objętych katalogiem z art. 10 § 2 k.k., lecz uchylenie art. 13 u.p.n.

³⁷ Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., sygn. V KKN 301/98, Legalis nr 45110; patrz również A. Haak-Truskawska, H. Haak, Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz, Warszawa 2015, s. 81 i n.

³⁸ Por. V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 137–138 i wskazana tam literatura.

³⁹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1165.

⁴⁰ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, II AKa 5/14, Legalis nr 1062552; patrz także Z. Sienkiewicz, (w:) T. Kaczmarek (red.), System Prawa Karnego. Tom 5. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 372 i n.

każe wątpić w celowość stosowania zasad procedury karnej wobec sprawców wskazanych w art. 18 § 1 pkt 2 u.p.n.

Niewątpliwie wielokrotnie nowelizowana ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich wymaga zastąpienia jej nowym aktem prawnym. Wady tej ustawy wskazywano w piśmiennictwie, wielokrotnie też w ostatnich latach podejmowano prace w tym zakresie⁴¹, jak dotąd bez skutku. Nie wdając się w szersze rozważania, należy wskazać na potrzebę uporządkowania przepisów dotyczących możliwości prowadzenia przez prokuratora postępowania wobec nieletnich, którzy dopuścili się czynów karalnych. Przy rezygnacji z wyjątku przewidzianego obecnie w art. 18 § 1 pkt 2 u.p.n. wskazane byłoby być może rozważenie, czy katalog czynów wymienionych w art. 10 § 2 k.k. jest właściwy. Postulowane było w piśmiennictwie dopuszczenie rozszerzenia możliwości odpowiedzialności karnej nieletnich na wszystkie typy przestępstw lub wykroczeń wobec sprawców szczególnie zdemoralizowanych (pod warunkiem określenia górnego limitu kary możliwej do wymierzenia)⁴². Wydaje się, że w każdym jednak wypadku o przekazaniu sprawy prokuratorowi do dalszego prowadzenia powinien decydować wstępnie sąd rodzinny. Zasada ta powinna zostać wyraźnie wskazana w przepisach, aby uniknąć możliwych w dzisiejszym stanie prawnym wątpliwości.

Prosecutors and criminal responsibility of minors

Abstract

In the Polish legal system, the age of criminal responsibility is 17. In proceedings conducted by family courts against minors, a prosecutor acts as one of the parties. There are, however, certain exceptions to that rule, which, in some cases, make it possible for prosecutors to conduct investigation against minors. This paper discusses the said exceptions and issues associated with them, highlighting doubts and difficulties in applying some of the provisions governing proceedings in cases involving the responsibility of minors. The existing solutions are evaluated negatively and the need for amendments is suggested with the de lege ferenda proposals formulated, these including specifically the proposal that regulations should clearly point to a family court as an authority empowered to decide whether a case should be referred to a prosecutor.

⁴¹ Por. V. Konarska-Wrzošek, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, Warszawa 2013, wyd. 1, s. 196 i n.

⁴² *Ibidem*, s. 197.

Marcin Skowronek

O wykładni prounijnej. Rozważania na tle interpretacji przez Sąd Rejonowy w Zakopanem przepisów ustawy o grach hazardowych

Streszczenie

Autor rozważa – na tle wyroku Sądu Rejonowego w Zakopanem, podnoszącego, że brak notyfikacji przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (zmienionej przez dyrektywę 98/48/WE) powoduje brak możliwości ich stosowania przez sądy krajowe – zagadnienia dotyczące prounijnej wykładni prawa. W szczególności autor, analizując wskazany na wstępie wyrok, rozważa zagadnienia: co to jest wykładnia prounijna i czym się charakteryzuje, jakiego rodzaju wykładni przepisów dokonał sąd meriti, a w szczególności, czy była to wykładnia prounijna, czy rozstrzygnięcie sądu może budzić wątpliwości, a jeżeli tak, to jakie. Autor przedstawia argumentację za poglądem o niedopuszczalności odmowy zastosowania przez polski sąd powszechny nienotyfikowanego Komisji Europejskiej przepisu technicznego. Na koniec autor podejmuje próbę sformułowania prounijnych dyrektyw interpretacyjnych.

Wstęp

Pierwszego maja 2004 r. polski porządek prawny wzbogacił się o *acquis communautaire* – dorobek wspólnotowy obejmujący prawodawstwo i traktaty europejskie, deklaracje i rezolucje, umowy międzynarodowe w dziedzinach kompetencji Unii Europejskiej oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Zarazem stosujący prawo, a zatem także dokonujący jego wykładni, otrzymali – obok wcześniej stosowanych podstawowych rodzajów wykładni, a mianowicie wykładni językowej, celowościowej oraz systemowej, także nowe narzędzie pomocne do ustalenia znaczenia i zakresu zwrotów tekstu prawnego – wykładnię prounijną. Stosowanie jej nie zawsze może być proste, o czym świadczy przypadek, będący przedmiotem niniejszej pracy, pozwalający na konstatację, że chociaż zasada pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym jest bezsporna, to polskie organy ochrony prawnej nie zawsze tę zasadę właściwie pojmują.

I. Zarys problematyki

Pierwszego stycznia 2010 r. weszła w życie ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540). Artykuł 29 tejże ustawy stanowił, że „zabrania się reklamy i promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych oraz gier na automatach”. Zarazem art. 103 pkt 9 wskazanego wyżej aktu prawnego wprowadził zmiany w ustawie z 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 111, poz. 765, z późn. zm.), w tym po art. 110 dodał art. 110a i 110b penalizujące między innymi zlecenie lub prowadzenie zabronionej cytowaną na wstępie ustawą reklamy oraz czerpanie z takiej reklamy korzyści.

W tym stanie prawnym Prokuratura Rejonowa w Zakopanem zarzuciła czyny stanowiące przestępstwa skarbowe z art. 110a § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. oraz z art. 110a § 2 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. dwóm mężczyznom, z których jeden zlecił umieszczenie logo podmiotu prowadzącego działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty i kości, zakładów wzajemnych i gier na automatach na terenie Zakopanego, a zarazem informował o sponsorowaniu przez tenże podmiot zawodów sportowych (przestępstwo skarbowe z art. 110a § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.), natomiast drugi – reprezentując Tatrzański Związek Narciarski – uzyskał dla tegoż związku korzyść o równowartości 812.320,00 zł za przekazanie przez Tatrzański Związek Narciarski powierzchni reklamowej na reklamę zabronioną przez ustawę z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Sąd Rejonowy w Zakopanem obydwu oskarżonych uniewinnił od zarzucanych im czynów podnosząc – w odniesieniu do pierwszego z oskarżonych (między innymi, gdyż wskazywał też na znikomy stopień społecznej szkodliwości jego czynu), że projekt ustawy o grach hazardowych winien zostać w toku procesu legislacyjnego notyfikowany Komisji Europejskiej, albowiem zawierał on przepisy techniczne (w szczególności art. 29) w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (zmienionej przez dyrektywę 98/48/WE)¹. Wedle stanowiska sądu, linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jednoznacznie wskazywała, iż brak notyfikacji przepisów technicznych powoduje brak możliwości ich stosowania przez sądy krajowe.

Lektura wskazanego wyżej wyroku sądu oraz jego pisemnego uzasadnienia stwarza możliwość rozważenia kilku aspektów tej sprawy, postawienia pytań mogących stać się zaczynem dyskusji o stosowaniu dorobku wspólnotowego, dyskusji o prounijnej wykładni prawa. Pytań tych może być wiele, rozważmy jednak w tej pracy zagadnienia następujące:

¹ Jakkolwiek omawiany wyrok Sądu Rejonowego w Zakopanem odnosił się do dyrektywy 98/34/WE (zmienionej przez dyrektywę 98/48/WE), to warto zaznaczyć, że dyrektywa 98/34/WE została zastąpiona z dniem 7 października 2015 r. nową dyrektywą 2015/1535, co jednak nie wpływa na dalszy tok rozważań.

- co to jest wykładnia prounijna i czym się charakteryzuje,
- jakiego rodzaju wykładni przepisów dokonał sąd meriti, a w szczególności, czy była to wykładnia prounijna,
- czy rozstrzygnięcie sądu może budzić wątpliwości, a jeżeli tak, to jakie.

II. Źródła i definicja wykładni prounijnej

Jak wskazano na wstępie, wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym (jak postuluje – odnosząc się do jej nazewnictwa – Maciej Koszowski²), stała się dodatkowym instrumentem interpretacji polskich aktów prawnych przez stosujących prawo najpóźniej już w chwili przystąpienia Polski do Unii Europejskiej (a wg Andrzeja Madeja co najmniej od wejścia w życie obecnie obowiązującej Konstytucji³). Świadomie pomijam tu zmianę, jaką wprowadził Traktat z Lizbony, sama bowiem zasada sięgania do wykładni zgodnej z prawem – wówczas jeszcze wspólnotowym, a nie unijnym, – miała już umocowanie w art. 10 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (Dz. Urz. WE C 2006.321E.1) oraz przede wszystkim orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Obecnie za podstawę prawną tego rodzaju wykładni przyjmuje się: art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.) wedle którego „zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów”, „Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii” oraz „Państwa Członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii”; art. 291 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2), zgodnie z którym „Państwa Członkowskie przyjmują wszelkie środki prawa krajowego niezbędne do wprowadzenia w życie prawnie wiążących aktów Unii”; a w stosunku do dyrektyw przyjmuje się art. 288 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, stanowiący iż „dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków”. Jest oczywiste, że wskazane podstawy prawne – dla wygody Czytelnika

² M. Koszowski, Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony, *Studia Prawa Prywatnego* 2012, nr 2, s. 60.

³ A. Madeja, Wykładnia prounijna w orzecznictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005), *Studia Iuridica Toruniensia*, tom VIII.

w pełni zacytowane – nie statuuje wymogu przeprowadzania wykładni prounijnej prawa krajowego, a nawet nie wspominają o możliwości dokonywania takiej wykładni. Tym co w istocie wpłynęło na ukształtowanie się wykładni prounijnej, było orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, pierwotnie nie nadające jej jeszcze charakteru powszechnego i prawnie wiążącego⁴. Pierwszym orzeczeniem wprost odnoszącym się do tej wykładni był wyrok z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie von Colson i Kamann (14/83, ECR 1984, s. 1891), w którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż ekstensywna interpretacja zasad solidarności i efektywności zawartych w art. 10 Traktatu ustanawiającego Unię Europejską oraz jego art. 249 prowadzi do przyjęcia istnienia obowiązku organów państw członkowskich do dokonywania wykładni prounijnej, tak więc to Europejski Trybunał Sprawiedliwości swoim orzecznictwem niejako utworzył wykładnię prounijną jako jedną z zasad porządku unijnego⁵. Zarazem zauważa się, że uzasadnieniem bytu wykładni prounijnej jest zarówno dążenie do zapewnienia efektywności prawu Unii Europejskiej (która to efektywność, co zrozumiale, ucierpiałaby gdyby organy stosujące prawo państw członkowskich nie uwzględniały lub wręcz kontestowały to prawo poprzez odmienną jego interpretację), jak i też dążenie do „europeizacji” dorobku prawnego państw członkowskich⁶.

Lapidarnie rzecz ujmując, wykładnia prounijna polega na obowiązku interpretowania prawa krajowego przez organy stosujące prawo państw członkowskich Unii Europejskiej zgodnie z prawem unijnym⁷. Chcę jednak podkreślić, że wykładnia taka powinna być procesem twórczym, w toku którego będziemy dążyli do ustalenia znaczenia i zakresu wyrażen tekstów prawnego odwołując się do powszechnie stosowanych, zarówno w naszym porządku prawnym jak i systemach prawnych krajów unijnych, rodzajów wykładni (na przykład wykładni funkcjonalnej). Tym, co charakteryzować będzie wykładnię proeuropejską, stanowiąc jej swoistą *differentia specifica*, to nadanie decydującej roli zawartemu w unijnej dyrektywie (relewantnej dla rozstrzyganej sprawy) rezultatowi, który przez tę dyrektywę ma być osiągnięty; względnie odniesienie się do całości unijnego porządku prawnego w ramach dorobku wspólnotowego, w szczególności orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, tak jednak, aby owo wskazane wcześniej znaczenie i zakres wyrażen tekstów prawnego pozostawały w jak najlepszej harmonii z *acquis communautaire*. Trzeba przy tym podkreślić imperatywny charakter wykładni prounijnej prawa krajowego w odniesieniu do norm stanowiących implementację dy-

⁴ M. Koszowski, Wykładnia prawa krajowego..., s. 62.

⁵ A. Madeja, Wykładnia prounijna..., s. 143 i n.

⁶ M. Koszowski, Wykładnia prawa krajowego..., s. 61.

⁷ D. Szepietowski, Prounijna wykładnia prawa krajowego – znaczenie, zasady i zakres jej zastosowania, <http://kancelariamytkowski.pl/blog/prounijna-wykładnia-prawa-krajowego-znaczenie-zasady-i-zakres-jej-zastosowania>.

rektyw Unii Europejskiej (unijne rozporządzenia i decyzje stosowane są bowiem bezpośrednio, a unijne zalecenia i opinie nie są wiążące).

Oczywiście zaproponowane przeze mnie powyżej rozumienie wykładni prounijnej nasuwa pewne wątpliwości. Czy zawsze uda się w rozstrzyganym przypadku określić, jakie rozwiązanie będzie pozostawało „w jak najlepszej harmonii z *acquis communautaire*”, biorąc pod uwagę jego bogactwo i – wbrew pozorom zharmonizowania – różnorodność? Jak trafnie zastosować – powszechnie używaną w prawie unijnym wykładnię systemową – w sytuacji gdy brak jest w nim (pomijając podział na normy prawa pierwotnego i wtórnego⁸) jasnej hierarchii norm? Jakże i czy w ogóle są granice wykładni prounijnej w sensie jej wpływu na prawo krajowe?

Podniesione wątpliwości niejako naturalnie wynikają z samego charakteru wykładni prounijnej, a dla nas – w świetle dalszych rozważań – znaczenie będzie miała ta ostatnia wątpliwość. Zgodzić się trzeba bowiem z poglądem L. Morawskiego⁹, iż wykładnia prounijna nie może być wykładnią *contra legem*, prowadząc do skutków sprzecznych z wynikiem wykładni językowej prawa krajowego, wykładnia taka naruszałaby bowiem zasadę pewności prawa. W przypadku, gdyby zastosowanie wykładni prounijnej było niemożliwe, ze względu na nieusuwalną sprzeczność między dorobkiem wspólnotowym, a wynikiem wykładni językowej prawa krajowego „organ stosujący prawo powinien odmówić zastosowania prawa polskiego i zastosować bezpośrednio przepis prawa wspólnotowego lub – gdy to jest niemożliwe – szukać w prawie krajowym w drodze analogii lub innych wnioskowań prawniczych rozwiązania, które byłoby zgodne z prawem wspólnotowym”¹⁰. Pozostaje jednak problem, co uczynić wówczas, gdy niemożliwe jest także zastosowanie analogii (niedopuszczalnej przecież w prawie karnym), a rozwiązania nie przyniosą także „inne wnioskowania prawnicze”. Rozważmy ten problem na tle podanego niżej przypadku.

III. Zastosowanie wykładni prounijnej przez sąd rejonowy – analiza przypadku

Sąd Rejonowy w Zakopanem uzasadniając swój wyrok z dnia 5 listopada 2013 r., wydany w sprawie o sygn. II K 21/12 (na kanwie zarysowanego na wstępie stanu faktycznego) przyjął, że przepis ustawowy, definiujący pojęcia i zakazy ustawowe opisane i ujęte w art. 29 ustawy o grach hazardowych (a zatem – przypomnijmy – przepisie zabraniającym reklamy i promocji okre-

⁸ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*. Toruń 2010, s. 306.

⁹ Na wykładnię *contra legem* jako granicę wykładni prounijnej wskazywał już wcześniej Trybunał Sprawiedliwości.

¹⁰ L. Morawski, *Zasady...*, s. 310.

ślonych w nim rodzajów gier) należał do przepisów technicznych, których projekty powinny zostać przekazane (notyfikowane) zgodnie z treścią dyrektywy 98/34/WE (zmienionej przez dyrektywę 98/48/WE) Komisji Europejskiej aby ta (i państwa członkowskie) mogła ocenić, czy nie naruszają one celu tej dyrektywy, którym było dobre funkcjonowanie rynku wewnętrznego (mogące zostać zakłócone poprzez regulacje prawa krajowego naruszające swobodny przepływ usług i swobodę przedsiębiorczości). W swojej argumentacji sąd *meriti* oparł się na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, eksponując zwłaszcza wyrok w sprawie „Komisja przeciwko Grecji”, w którym Trybunał stwierdził, iż „zakaz przez państwo członkowskie instalowania wszelkich gier (...) we wszelkich miejscach publicznych i prywatnych, z wyjątkiem kasyn, stanowi środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, w rozumieniu art. 28 WE (...) taki przepis krajowy może być uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego, takimi jak ochrona moralności, porządku i bezpieczeństwa publicznego, jeśli jest proporcjonalny do realizowanych w ten sposób celów”. Sąd rejonowy przyjął zarazem, mając na względzie, że przepisy te istotnie nie były notyfikowane, iż „przepisy krajowe, dotknięte brakiem notyfikacji poprzedzającej ich ustanowienie, są niezgodne z prawem krajowym i europejskim ze względu na tryb wymagany przepisami prawa do ich wydania”¹¹. W konkluzji sąd *meriti* podniósł, że przepis art. 29 ustawy o grach hazardowych nie może być stosowany wobec obywateli, albowiem przepisy krajowe, które zostały ustanowione wbrew obowiązкови notyfikacji Komisji Europejskiej mimo, że formalnie obowiązują, pozostają bezskuteczne wobec obywatela.

W tym stanie rzeczy należy zauważyć, co następuje.

Sąd dokonując oceny treści art. 29 ustawy o grach hazardowych w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące przepisów krajowych Grecji w zakresie wszelkich gier w miejscach publicznych, niewątpliwie dążył do tego, aby jego orzeczenie prowadziło do osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę 98/34/WE (zmienioną przez dyrektywę 98/48/WE). Zarazem jednak istotną wątpliwość budzi, że sąd ten nie tyle dokonał postulowanego przeze mnie wcześniej procesu twórczego, na przykład dążąc do ustalenia, czy treść art. 29 ustawy o grach hazardowych jest lub nie jest uzasadniona „nadrzędnymi względami interesu ogólnego”, a w szczególności ochroną moralności, ile poprzestawszy na zacytowaniu orzeczenia Trybunału, wydanego w innym stanie faktycznym (bo dotyczącym innych rozwiązań prawnych, zakładających zakaz instalowania w Grecji w szeroko rozumianych miejscach publicznych gier nie tylko hazardowych) przyjął, że również art. 29 cytowanej polskiej ustawy (zakazujący przecież jedynie reklamy i promocji gier hazardowych) należał do przepisów technicznych. Takie stosowanie wykładni prounij-

¹¹ Uzasadnienie niepublikowanego wyroku Sądu Rejonowego w Zakopanem z dnia 5 listopada 2013 r., wydanego w sprawie o sygn. II K 21/12, s. 28.

nej nie było w mojej ocenie trafne; można odnieść wrażenie, iż sąd zastąpił właściwą argumentację (mogąc dokonać przecież wykładni celowościowej, względnie funkcjonalnej odwołując się do hierarchii wartości) mechanicznym skopiowaniem niezbyt adekwatnego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości. W istocie Trybunał wcześniej nie przyjął, że art. 29 ustawy o grach hazardowych należał do przepisów technicznych, a sąd – pomimo obszerności swojego uzasadnienia – nie przedstawił przekonujących argumentów odwołujących się do wykładni, a wykazujących, że tak jest.

Jeszcze większą wątpliwość budzi stanowisko sądu, że „art. 29 ustawy o grach hazardowych nie może być stosowany”. Należy zauważyć, że środkiem, jakim dysponuje Komisja Europejska w ramach procedury wynikającej z Dyrektywy 98/34/WE jest standstill, a zatem okres odroczenia wejścia w życie danego przepisu. Sąd powszechny doszedłszy do wniosku (abstrahując od tego, czy słusznego), iż relewantne dla jego orzeczenia normy prawa krajowego winny być, a nie były, notyfikowane Komisji Europejskiej, nie mógł przesądzać o ich niestosowaniu, *de facto* uznając je za nieobowiązujące. W istocie utrwalenie takiej linii orzeczniczej prowadziłoby do niedopuszczalnej sytuacji, w której sądy powszechne badałyby uchwalone przez Sejm, podpisane przez Prezydenta oraz opublikowane w Dzienniku Ustaw akty prawne pod kątem ich obowiązywania, i to – jak wywodziłem powyżej – na nader kruchych podstawach.

Podobne stanowisko, które w pełni akceptuję, zajął w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., wydanym do sygn. I KZP 15/13, Sąd Najwyższy wskazując, że „naruszenie wynikającego z Dyrektywy 98/34/WE (...) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia, brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych”. Pogląd ten Sąd Najwyższy powtórzył w wyroku z dnia 28 marca 2014 r., wydanym do sygn. III KK 447/13, podnosząc, iż „ewentualne przyjęcie, że przepisy ustawy z 2009 r. o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych nie powoduje, że sądy krajowe mogą odmówić ich zastosowania jako regulacji, do których odsyła art. 107 § 1 k.k.s. tylko z tego względu, że nie został dopełniony obowiązek notyfikacji Komisji Europejskiej. Brak notyfikacji jest naruszeniem konstytucyjnego trybu ustawodawczego, a zatem sądy stosujące prawo obowiązane są zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego ze stosownym pytaniem prawnym w tej mierze, zawieszając jednocześnie postępowanie”. Zapatrywanie takie wyraził również Naczelny Sąd

Administracyjny w postanowieniu z dnia 3 lipca 2014 r., wydanym do sygn. II GSK 814/13, zgodnie z którym „uzasadnione jest zawieszenie z urzędu postępowania przez sąd administracyjny do czasu wydania orzeczenia w przedmiocie konstytucyjności przepisu art. 14 ustawy o grach hazardowych. Skoro przepis ten został poddany kontroli Trybunału, to od rozstrzygnięcia o jego zgodności z Konstytucją uzależnione jest prawidłowe jego zastosowanie w rozpoznawanej sprawie¹²”. Odmienny pogląd w zakresie skutków braku notyfikacji położył Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., wydanym w sprawie o sygn. II KK 55/14, podnosząc, że „konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej (...) jest niemożność stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązowi notyfikacji”; w uzasadnieniu Sąd Najwyższy argumentował, że „zobligowanie sądu powszechnego, aby przed odmową zastosowania przepisu krajowego uznawanego przezeń za sprzeczny z prawem Unii wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisu ustawy ustanowionej z naruszeniem obowiązku notyfikacji przepisów technicznych osłabia efektywność prawa Unii”. Pogląd ten, przyjmujący obowiązywanie „normy niestosowania”¹³, znalazł również odzwierciedlenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., wydanej do sygn. I KZP 17/16. Stanowiska tego, odmiennego od ukształtowanej już linii orzeczniczej, a nadto sprzecznego z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości¹⁴, z przyczyn wskazanych wcześniej, nie podzielałam.

IV. Dwa modele wykładni prounijnej

Jak zauważył Maciej Koszowski¹⁵, możemy wyróżnić istnienie dwóch odmiennych modeli wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej, a mianowicie modelu wzorca interpretacyjnego oraz modelu harmonizacji kontekstów (określanego przez Macieja Koszowskiego także jako „model jednego worka”). Zanim zatem przejdę do próby sformułowania prounijnych dyrektyw interpretacyjnych, omówię¹⁶ wskazane wyżej modele, co pozwoli na odniesienie się do nich w dalszych rozważaniach.

¹² Wyrokiem z dnia 11 marca 2015 r., wydanym do sygnatury akt P 4/14, Trybunał Konstytucyjny orzekł o zgodności art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z Konstytucją.

¹³ Normy niestosowania przez państwo wobec jednostek nienotyfikowanych przepisów technicznych.

¹⁴ Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-314/08 Filippiak.

¹⁵ M. K o s z o w s k i, Dwa modele wykładni prounijnej, *Studia Europejskie* 2012, nr 3, s. 93 i n.

¹⁶ Także dla wygody tych Czytelników, którzy nie znają artykułu M. K o s z o w s k i e g o, wskazanego w przypisie 15.

Interpretator stosujący model wzorca interpretacyjnego w swoim rozumowaniu przechodzi przez swoiste stadia, a mianowicie:

- Zbudowanie unijnego wzorca interpretacyjnego. Na tym etapie pracy interpretator poddaje analizie prawo Unii Europejskiej (zarówno pierwotne, jak i pochodne) i buduje unijny wzorzec interpretacyjny (będący w istocie albo skonstruowaną na podstawie przepisów prawa unijnego normą jednostkową, albo taką normą ogólną, która pozwoli na jednoznaczną interpretację), mogący stanowić podstawę prawną dla rozstrzygnięcia danego przypadku.
- Zbudowanie krajowego wzorca interpretacyjnego. Interpretator buduje tenże wzorzec odnosząc się jedynie do prawa krajowego, tak jak gdyby prawo unijne nie istniało. Także i tutaj wzorzec może być normą jednostkową albo ogólną, jednakże charakter ten powinien odpowiadać normie już uprzednio skonstruowanej w stadium pierwszym.
- Zestawienie obydwu wzorców. W tym stadium interpretator określa, w jakim stopniu unijny wzorzec interpretacyjny ingeruje w zawartość krajowego wzorca interpretacyjnego oraz czy jest to stopień na tyle mały, aby móc posłużyć się wykładnią prounijną. Jeżeli bowiem stopień ingerencji byłby zbyt duży, należałoby oprzeć się na krajowym wzorcu interpretacyjnym.
- Wydanie rozstrzygnięcia. Rozstrzygnięcie winno zostać oparte na unijnym wzorcu interpretacyjnym tylko wówczas, gdy jego stopień ingerencji w krajowy wzorzec interpretacyjny nie jest zbyt znaczny.

Niewątpliwie zastosowanie wskazanego wyżej modelu wzorca interpretacyjnego wiąże się z szeregiem trudności, niektórych oczywistych, innych dostrzegalnych dopiero po próbie praktycznego jego zastosowania. Już pierwsze stadium wymaga od interpretatora wzięcia pod uwagę wszystkich przepisów prawa unijnego mających znaczenie dla rozstrzyganego przypadku, co z racji obszerności *acquis communautaire* wymaga zarówno jego znajomości, jak i znacznego nakładu pracy, a zarazem, jak wskazuje Maciej Koszowski¹⁷, wiodąca rola wykładni teleologicznej (wynikająca zarówno z poglądów piśmiennictwa, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w budowaniu unijnego wzorca interpretacyjnego, wobec konieczności rozumienia aksjologii leżącej u podstaw prawa unijnego, będzie nastroczała interpretatorowi nadmiernych trudności, podobnie jak okoliczność, że orzeczenia sądów unijnych zapadały w procesie interpretacyjnym zakładającym uznaniowość tych sądów. O ile zbudowanie krajowego wzorca interpretacyjnego (szczególnie, gdy będziemy opierać się na dorobku Jerzego Wróblewskiego) nie powinno nastroczać znacznych trudności, to znowu w trzecim stadium interpretator stanie przed problemem, jaki to stopień ingerencji unijnego wzorca interpretacyjnego w zawartość krajowego wzorca interpretacyj-

¹⁷ M. Koszowski, Dwa modele..., s. 95 i n.

nego będzie nakazywać oparcie się jedynie na tym ostatnim. Dodatkowo nie można zapominać, że Unia Europejska jest przecież związana postanowieniami prawa międzynarodowego, w odniesieniu do którego także należałoby zbudować międzynarodowy wzorzec interpretacyjny¹⁸. Jakkolwiek organowi krajowemu przysługuje prawo do zwrócenia się na podstawie art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym (pomocnym do zbudowania unijnego wzorca interpretacyjnego) do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, to jednak trudno wyobrazić sobie nagminne stosowanie tej praktyki.

Mając na uwadze wskazane wyżej trudności, Maciej Koszowski proponuje inny możliwy do zastosowania model wykładni prounijnej, a mianowicie model harmonizacji kontekstów, określany przez niego także jako „model jednego worka”, zakładający koegzystencję instrumentów wykładniczych prawa Unii Europejskiej oraz porządku prawnego krajowego. W modelu tym interpretator nie konstruuje wzorców interpretacyjnych, ale „dokonuje wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej, »wplatając« niejako wykładnię prawa unijnego w wykładnię prawa krajowego, tj. tak jakby wykładnie obu tych praw odbywały się w jednym worku”¹⁹. I tak, dokonując wykładni językowej, „harmonizuje” krajowy kontekst językowy z językowym kontekstem unijnym, tak aby rozumienie krajowego pojęcia prawnego w jak największym stopniu uwzględniało jego rozumienie w *acquis communautaire* (jednakże unikając nadmiernej ingerencji prawa unijnego, aktualność zachowują tutaj uwagi dotyczące trzeciego stadium rozumowania w modelu wzorca interpretacyjnego), stosując wykładnię celowościową ma na uwadze nie tylko cele i wartości prawa krajowego, ale także i unijnego, natomiast przy wykładni systemowej (pomocniczo, w toku stosowania wykładni językowej i celowościowej) uwzględnia konteksty systemowe. Należy przy tym zwrócić uwagę na istotną rolę orzecznictwa sądów *stricto* unijnych (w szczególności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w modelu harmonizacji kontekstów, z jednej strony klaryfikującego pojęcia prawne prawa Unii Europejskiej, a z drugiej strony w istocie wiążącego organy krajowe stosujące prawo unijne.

V. Próba sformułowania prounijnych dyrektyw interpretacyjnych

Przystępując do próby sformułowania prounijnych dyrektyw interpretacyjnych już na wstępie pragnę zauważyć, że jakkolwiek wynikają one z własnych przemyśleń to są w istocie w dużej mierze zbieżne z wcześniej już proponowanym przez Macieja Koszowskiego modelem harmonizacji kontek-

¹⁸ Tamże, s. 99.

¹⁹ Tamże, s. 102.

stów, do którego pragnę się odnieść, uważając go za najlepszy z praktycznego punktu widzenia.

Uważam, że dokonujący interpretacji tekstu prawnego w istocie zawsze kieruje się, choćby nieświadomie, dyrektywami interpretacyjnymi, wskazującymi mu, jak powinien postępować i na co zwracać uwagę, aby ustalić znaczenie zwrotów tegoż tekstu oraz granice ich zakresów.

W piśmiennictwie wyróżnia się dyrektywy I stopnia określające, jak interpretować przepisy prawa, oraz dyrektywy II stopnia wskazujące jak stosować dyrektywy I stopnia²⁰. Mając na uwadze, że dyrektywy II stopnia między innymi ustalają kolejność posługiwania się dyrektywami I stopnia, może pojawić się wątpliwość, w którym momencie winniśmy odwołać się do wykładni prounijnej, czy zastosować ją jako pierwszą, czy też w dopiero w dalszej kolejności. Uważam, że wątpliwość ta jest wątpliwością pozorną, ponieważ nie można jednoznacznie wyznaczyć momentu, w którym mamy odwołać się do tego rodzaju wykładni. O ile tradycyjna kolejność podstawowych rodzajów wykładni²¹, a mianowicie wykładni językowej, celowościowej oraz systemowej, nakazywała zacząć od zastosowania wykładni językowej, a dopiero gdy wykładnia językowa nie przyniosła rezultatu odwoływać się do wykładni celowościowej i systemowej, o tyle wykładnia prounijna, a właściwie świadomość jej istnienia, świadomość istnienia prawa unijnego oraz jego rozwiązań, powinna przenikać pracę interpretatora od jej początku, aż po zakończenie. Twierdzę, że nie powinna ona być stosowaną w konkretnym momencie, ale niejako w sposób ciągły zawierać się w całym procesie interpretacji. Przykładowo, już podczas stosowania wykładni językowej, interpretator powinien pomocniczo kierować się rozumieniem zwrotu w dorobku wspólnotowym (uważając jednakże, aby nie dokonać wykładni *contra legem*). Idąc dalej tym tropem, interpretator stosujący wykładnię systemową powinien bacznie, że jeżeli przepis jest implementacją dyrektywy Unii Europejskiej, musi być interpretowany zgodnie z tą dyrektywą. Dokonując natomiast wykładni celowościowej, interpretator winien zwrócić uwagę na rezultat, który powinien zostać osiągnięty przez daną dyrektywę Unii Europejskiej.

Powyższe rozważania, co już zasygnalizowałem, odnoszą się do modelu harmonizacji kontekstów. Dostrzec przy tym trzeba, że zastosowanie odmiennych modeli wykładni może prowadzić do odmiennych efektów. O ile model wzorca interpretacyjnego zdolny jest do zapewnienia prawu unijnemu

²⁰ Por. J. Nowacki, Z. Tabor, Wstęp do prawoznawstwa, 2007, s. 194.

²¹ Przy wielkim uznaniu dla prac M. Zielińskiego, pozostaję zwolennikiem klaryfikacyjnej koncepcji wykładni prawa, w ujęciu J. Wróblewskiego, odrzucając koncepcję derywacyjną (głównie z praktycznego punktu widzenia, z uwagi na trudności w jej stosowaniu, rozważań na ten temat nie będę jednakże w tym miejscu rozwijał). Stanowisko to skutkuje przyjęciem tezy, że przepisy prawa krajowego niekiedy w ogóle nie będą wymagały wykładni prounijnej.

najwyższego możliwego stopnia efektywności (przy jego wszystkich wadach, na które wskazałem w części IV), o tyle bezwzględną zaletą modelu harmonizacji kontekstów jest prostota jego zastosowania, przeważająca w mojej ocenie nad podnoszoną przez Macieja Koszowskiego wadą w postaci możliwego niższego (niż w modelu wzorca interpretacyjnego) stopnia zgodności prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej (a co za tym idzie jego niższej efektywności).

Zaproponowane przeze mnie ujęcie wykładni prounijnej stwarza asumpt do dalszych pytań, a w szczególności zagadnienia granic wykładni prounijnej, określenia, jak głęboko może ono ingerować w prawo krajowe. Wskazana wyżej metoda stosowania wykładni prounijnej stwarza bowiem niebezpieczeństwo nadmiernej jej dominacji nad innymi rodzajami wykładni, które mogą zostać zredukowane do roli służebnej wobec niej. Z niebezpieczeństwa tego interpretator powinien zdawać sobie sprawę, unikając pokusy mechanicznego kalkowania dorobku wspólnotowego, mogącego niweczyć cele ustawodawcy krajowego. Nie można zapominać, że wykładnia prounijna nie wynika bezpośrednio – co wywiedziono już powyżej – ani z przywoływanych podstaw prawnych ze źródeł prawa pierwotnego Unii, ani – co za tym idzie – z Konstytucji. Wynika ona – podobnie jak jej zakres – z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nie nadającego jej pierwotnie charakteru powszechnego i prawnie wiążącego. Postawione na początku tego akapitu pytania mogą być zatem wyjściem do dalszej analizy i dyskusji.

EU-oriented interpretation: considerations on the basis of the provisions of the Gambling Law as interpreted by the District Court in Zakopane

Abstract

This contribution explores issues around EU-oriented interpretation of law, with the judgment issued by the District Court in Zakopane submitting that the failure to notify of technical regulations as set forth in Directive No. 98/23/EC (as amended by Directive No. 98/48/EC) prevents the application of the said regulation by national courts as a case example. Specifically, while analysing the judgment referred to above, this paper discusses the definition and characteristics of EU-oriented interpretation, the type of interpretation followed by the trial court, and, specifically, whether such interpretation was EU-oriented, and whether the court's decision may raise any doubts and, if so, what kind of doubts.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Blanka Julita Stefańska

Czynny żal w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe

Streszczenie

W artykule została przeprowadzona analiza czynnego żalu w kodeksie karnym z 1997 r. Autorka przez czynny żal rozumie zachowania sprawcy przestępstwa po jego popełnieniu, zmierzające do zapobieżenia zrealizowania jego następstw, a także starania się, by one nie nastąpiły. Nie traktuje jako czynnego żalu odstąpienia od popełnienia czynu zabronionego. Tak rozumiejąc tę instytucję wyjaśnia, na czym polega zapobieżenie powstaniu następstw przestępstwa, podjęcie starań o ich nieziszczenie się oraz dobrowolność działania sprawcy. Do skutków prawnokarnych czynnego żalu zalicza niepodleganie karze, nadzwyczajne złagodzenie kary oraz odstąpienie od jej wymierzenia.

I. Wprowadzenie

Pojęcie czynnego żalu nie występuje w obowiązującym kodeksie karnym, jak też określenie to nie było znane kodeksom karnym z 1932 r. i 1969 r. Jest ono wytworem doktryny i jest powszechnie używane w literaturze oraz judykaturze. Jest terminem języka prawniczego¹. Brak ustawowego ujęcia musiał

¹ S. Śliwiński, Polskie prawo materialne. Część ogólna, Warszawa 1946, s. 309; W. Raddecki, Prawne i moralne aspekty oceny czynnego żalu, Pal. 11976, nr 12, s. 17–18; B. Sygit, Problematyka tzw. „czynnego żalu” sprawcy pożaru (art. 141 k.k.), Prob. Praw. 1979, nr 4, s. 14–15; D. Gajduś, Czynny żal w polskim prawie karnym, Toruń 1984, s. 55; M. Klepner, Klauzule bezkarności w polskim prawie karnym, Pal. 2001, nr 9–10, s. 538; W. Kubala, Problematyka czynnego żalu w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Prob. Praw.

doprowadzić do różnego jego rozumienia, co może niekiedy prowadzić do nieporozumień. Konieczne jest zatem uporządkowanie nomenklatury pojęciowej.

Czynny żal nie jest sformułowany w postaci klauzuli ogólnej, a jest określony co do niektórych instytucji lub przestępstw. Ma charakter kazuistyczny².

W doktrynie proponowano, by stworzyć regułę ogólną pozostawiającą uznaniu sędziego uwolnienie od kary sprawcy w wypadkach, gdy ten zapobiega powstaniu szkody zanim dowie się o tym organ powołany do ścigania przestępstw albo zanim sprawca dowie się, że przestępstwo zostało wykryte³. Propozycja ta nie doczekała się realizacji. Sformułowanie ogólnej klauzuli czynnego żalu mogłoby być trudne, gdyż należałoby zawrzeć w niej komponenty, które odnosiłyby się do wszystkich przestępstw, co ze względu na specyfikę niektórych z nich mogłoby prowadzić do jej nieadekwatności.

II. Pojęcie „czynny żal”

Co do rozumienia czynnego żalu w literaturze na gruncie wszystkich polskich kodeksów karnych zarysowały się dwie koncepcje.

Według pierwszej koncepcji czynny żal dotyczy zachowania po popełnieniu przestępstwa i polega najczęściej na zapobiegnięciu przez sprawcę następstwom dokonanego czynu przestępnego, odwróceniu skutków wynikających z działania przestępnego⁴, a nie obejmuje działania predeliktualnego

1982, nr 3, s. 42; O. Sitarz, *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminologiczna*, Katowice 2015, s. 330.

² J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy...*, s. 221.

³ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy...*, s. 223–224.

⁴ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna. wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków (brak roku wydania), s. 206; J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów–Warszawa 1924, s. 99 i 221; tenże, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny z komentarzem*, Lublin 2012, s. 126; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 97; J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach z komentarzem*, Warszawa 1932, s. 19; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1958, s. 63; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne...*, s. 309; K. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 80; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 141; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 193; J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 92; S. Lelental, (w:) J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie i o przestępstwie*, Łódź 1992, s. 281; K. Mioduski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karany. Komentarz, t. I*, Warszawa 1987, s. 70; A. Zoll, (w:) K. Buchała (red.), K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 116; tenże, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52, t. I*, Warszawa 2016, s. 309; M. Surkont, *Prawo karne. Podręcznik dla studentów administracji*, Sopot 1998, s. 55; A. Ratajczak, *Zarys wykładu prawa karnego*,

w postaci odstąpienia od dokonania czynu. Chodzi o sytuację gdy sprawca zakończył swoje działanie, lecz nie nastąpił jeszcze skutek. W doktrynie wskazuje się, że państwo traci prawo karania, które powstało w chwili ukończenia działania, a gaśnie z chwilą odwrócenia skutków⁵. Jego istota polega na tym, że sprawca uzyskuje premię w postaci bezkarności za korzystne dla społeczeństwa zachowanie po dokonaniu czynu przestępnego⁶. W literaturze na gruncie innego stanu prawnego pojęciem tym obejmowano także naprawienie szkody, uznając, że czynnym żalem jest dobrowolne naprawienie przestępstwa przez jego sprawcę, zanim zwierzchność dowiedziała się o jego winie, które powinno polegać na uczynieniu przestępstwa nieszkodliwym, przykładowo za pomocą odpowiedniego wynagrodzenia⁷. Nie jest to pogląd słuszny, skoro działanie przestępne zostało zakończone i skutek nastąpił.

Lektura kodeksu karnego – o czym niżej – prowadzi do wniosku, że elementy, które decydują o czynnym żalu są określane różnie.

Zdaniem zwolenników drugiej koncepcji czynny żal obejmuje zarówno zachowanie przedeliktualne, jaki i postdeliktualne, a mianowicie odstąpienie od dokonania czynu oraz zachowanie po dokonaniu przestępstwa, wyrażające się m.in. zapobieżeniem skutkowi przestępnemu⁸. Niektórzy ze zwolen-

Warszawa 2002, s. 154; T. Bojarski, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 52; J. Giezek, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I (art. 1–31), Kolonia Ltd 2000, s. 99; tenże, (w:) M. Bojarski (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, Warszawa 2010, s. 223; tenże, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 132; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2007, s. 44.

⁵ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład porównawczy..., s. 221.

⁶ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład porównawczy..., s. 221.

⁷ E. Krzymuski, Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego, Kraków 1902, s. 1148.

⁸ J. Bossowski, (w:) A. Peretiatkowicz (red.), Encyklopedia prawa obowiązującego w Polsce, Poznań 1923, s. 19; Z. Papierkowski, Głosa do wyroku SN z dnia 14 września 1967 r., sygn. V KRN 599/67, NP. 1968, nr 8–9; W. Wolter, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 88; D. Gajdus, Czynny żal..., s. 54; I. Andrejew, Polskie prawo karne w zarysie, Warszawa 1989, s. 239; K. Buchała, Prawo karne materialne, Warszawa 1989, s. 366; M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1994, s. 365; R. A. Stefański, Dobrowolne odstąpienie od usiłowania, Prok. i Pr. 1996, nr 4, s. 111; tenże, Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 2008, s. 185, 192; G. Rejman, W kwestii dobrowolnego odstąpienia od usiłowania, NP 1969, nr 3: tejże, (w:) G. Rejman (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 577; J. Raglewski, Czynny żal *sensu largo*, Jurysta 1999, nr 6, s. 5–6; K. Indeck, A. Liszewska, Prawo karne materialne, Nauka o przestępstwach, karze i środkach penalnych, Warszawa 2002, s. 220–221; A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2009, s. 197; A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 2005, s. 225; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 2006, s. 290; tenże, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 64; K. Tkaczyk, Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawno-porównaw-

ników szerokiego rozumienia tego pojęcia zapobieżenie skutkowi przestępnemu określają czynnym żalem w znaczeniu ścisłym⁹.

Odstąpienie od dokonania przestępstwa jest zachowaniem dalej idącym, gdyż w wyniku dobrowolnego zaniechania realizacji pozostałych znamion przestępstwa nie dochodzi do jego dokonania, niemniej jest ono w zakresie prawno-karnych następstw traktowane tak samo jak czynny żal, to znaczy powoduje bezkarność. Trafnie wskazuje się w doktrynie, że w obu wypadkach trzeba przyznać premię w postaci bezkarności w interesie ogólnospołecznym¹⁰.

Wyjaśniając znaczenie tego pojęcia trzeba wyjść od tego, zgodnie z dyrektywą postępowania interpretacyjnego, że dla ustalenia znaczenia poszczególnych słów należy przede wszystkim odwoływać się do pragmatycznych dyrektyw interpretacyjnych, które zmierzają do uruchomienia którejs z językowych dyrektyw apragmatycznych i wskazują wprost sens słownikowy danego zwrotu¹¹. Mając na uwadze, że pojęcie to jest określone przez zbitkę słów: „żał” oraz „czynny” konieczne jest określenie ich znaczenia syntaktycznego. Słowo „żał” oznacza, m.in. „uczucie skruchy za popełnione złe czyny¹²”, a wyraz „czynny” – taki, który jest skłonny, zdolny do działania, aktywny¹³. Językowe znaczenie tych słów prowadzi do wniosku, że czynnym żalem jest aktywne zachowanie, a to może mieć miejsce tylko w razie zapobiegania ziszczenia się następstw czynu zabronionego, podczas gdy odstąpienie od czynu ma charakter bierny. W związku z tym czynnym żalem jest

czym, Przemyśl 2008, s. 22; D. Szeleszczuk, (w:) A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 1147; W. Cieślak, *Prawo karne, Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010, s. 130; R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 602; A. Marek, J. Lachowski, *Prawo karne. Zarys problematyki*, Warszawa 2011, s. 118; O. Sitarz, *Usiłowanie ukończone i nieukończone (próba nowego spojrzenia)*, PiP 2011, nr 6, s. 91–92; V. Konarska-Wrżosek, A. Adamski, T. Oczkowski, *Podstawy prawa karnego i prawa wykroczeń*, Toruń 2012, s. 97; A. Liszewska, (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, t. 3, Warszawa 2013, s. 780; K. Wiak, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 129; P. Poniąkowski, *Czynny żal sprawcy usiłowania*, cz. 2, Pal. 2015, nr 9–10, s. 59; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna* Warszawa 2015, s. 361; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 111, 115; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 222–223; V. Konarska-Wrżosek, (w:) V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 118; Ł. Kielak, *Czynny żal jako instytucja prawa karnego*, PiP 2016, nr 12, s. 62–71; B. J. Stefańska, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) R. A. Stefański, Warszawa 2017, s. 218.

⁹ I. Andrejew, *Polskie prawa karne...*, s. 241; M. Filar, (w:) A. Marek (red.), *Prawo karne, Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 149; B. J. Stefańska, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 218.

¹⁰ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy...*, s. 99.

¹¹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 330.

¹² H. Zgółkowska (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 50, Poznań 2005, s. 249; B. Dunaj (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2007, s. 894.

¹³ H. Zgółkowska (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 8, Poznań 1996, s. 70.

zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa zmierzające do zapobieżenia powstaniu jego następstw, obejmujące skuteczne zapobieżenie im lub starania się, by się one nie zrealizowały¹⁴.

Takie pojmowanie czynnego żalu przyjmowali twórcy kodeksu karnego z 1932 r., pisząc w uzasadnieniu Komisji Kodyfikacyjnej w kontekście dobrowolnego odstąpienia od usiłowania, że: „Konstrukcja tego rodzaju zbliżona jest do czynnego żalu przy niektórych przestępstwach (np. przy sprowadzeniu niebezpieczeństwa powszechnego). Zasadnicza różnica polega na tym, że czynny żal zachodzi po dokonaniu czynu w zakresie spełnionego przestępstwa. Jeżeli ktoś podpalił dom, wywołał już powszechne niebezpieczeństwo, jeżeli następnie ogień ugasił, to tylko wywołane już niebezpieczeństwo odwrócił. Ponieważ podpalenie dokonane jest z chwilą wzniesienia ognia, a nie powstania pożaru (art. 215), zachodzić będzie czynny żal”¹⁵.

Czynny żal wynika z racji politycznokryminalnych. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, cenniejsza jest ochrona dobra prawnego niż ukaranie sprawcy naruszenia lub unicestwienia tego dobra¹⁶.

III. Rodzaje czynnego żalu w kodeksie karnym

Przegląd kodeksu karnego wskazuje, że czynny żal występuje jako:

- 1) dobrowolne zapobieżenie przez sprawcę następstwom swego działania;
- 2) dobrowolne podjęcie przez sprawcę starań, aby zapobiec skutkom swego działania.

W literaturze obie te postaci określa się mianem podstawowych odmian czynnego żalu, wyróżniając – na podstawie kryterium skuteczności – skuteczny czynny żal, gdy sprawca zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego oraz nieskuteczny (bezsukteczny) czynny żal zachodzący wówczas, gdy sprawca nie zapobiegł popełnieniu czynu zabronionego, a jedynie dobrowolnie starał się mu zapobiec¹⁷.

¹⁴ Odstępuję od wcześniejszego poglądu, że czynny żal obejmuje także odstąpienie od popełnienia czynu zabronionego (B. J. Stefańska, *Kodeks karny...*, s. 218).

¹⁵ Kom. Kod. V, Z. 3, s. 38.

¹⁶ D. Gajdus, *Czynny żal...*, s. 43; K. M. Tkaczyk, *Instytucja czynnego żalu...*, s. 41–42; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 210, s. 67; A. Liszewska, (w:) *System Prawa Karnego...*, s. 780; V. Konarska-Wrzesek, (w:) *Kodeks karny...*, s. 120; K. Wiak, (w:) *Kodeks karny...*, s. 129; B. J. Stefańska, (w:) *Kodeks karny...*, s. 218.

¹⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 191–192, 205–206; W. Cieślak, *Prawo karne...*, s. 131–132; K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 366; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 223; V. Konarska-Wrzesek, (w:) *Kodeks karny...*, s. 119–120.

1. Dobrowolne zapobieżenie przez sprawcę następstwom swego działania w kodeksie karnym

W kodeksie karnym ten rodzaj czynnego żalu występuje jako:

- a) dobrowolne zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, mające miejsce przy usiłowaniu (art. 15 § 1 k.k.);
- b) dobrowolne zapobieżenie przez współdziałającego dokonaniu czynu zabronionego (art. 23 § 1 k.k.);
- c) dobrowolne zaniechanie dalszej działalności przy niektórych przestępstwach oraz spełnienia dodatkowego warunku, to znaczy ujawnienia wobec organu powołanego do ścigania przestępstw wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu przy usiłowaniu przestępstwa określonego w art. 127 § 1, art. 128 § 1 lub w art. 130 § 1 lub 2 k.k. (art. 131 § 1 k.k.). Ten wypadek czynnego żalu jest określany mianem kwalifikowanego¹⁸, a art. 131 k.k. jest *lex specialis* w stosunku do art. 15 § 1 k.k.¹⁹;
- d) dobrowolne uchylenie:
 - bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 4 k.k.);
 - grożącego niebezpieczeństwa określonego w art. 164 k.k. i art. 167 k.k. (art. 169 § 1 k.k.);
 - niebezpieczeństwa grożącego życiu lub zdrowiu wielu osób przez sprawcę przestępstwa określonego w art. 163 § 1 lub 2, art. 165 § 1 lub 2 lub w art. 166 § 2 k.k. (art. 169 § 2 k.k.);
 - bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym (art. 176 § 1 k.k.);
 - niebezpieczeństwa grożącego życiu lub zdrowiu wielu osób w art. 173 § 1 lub 2 k.k. (art. 176 § 2 k.k.);
 - grożącego bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pracownika, w wyniku niedopełnienia obowiązków z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy (art. 220 § 3 k.k.);
- e) przekazania przez sprawcę przestępstwa określonego w art. 166 § 1 k.k. statku lub kontroli nad nim osobie (art. 169 § 3 k.k.);
- f) dobrowolne sprostowanie fałszywego zeznania, opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia, zanim nastąpi, chociażby nieprawomocne, rozstrzygnięcie sprawy (art. 233 § 5 pkt 2 k.k.);
- g) odstąpienie od zamiaru wymuszenia i zwolnienie zakładnika przez sprawcę przestępstwa określonego w art. 252 § 1 k.k. (art. 252 § 4 k.k.);
- h) odstąpienie od zamiaru wymuszenia i zwolnienie zakładnika przez sprawcę przestępstwa określonego w art. 252 § 2 k.k. (art. 252 § 5 k.k.);

¹⁸ W. Cieślak, Prawo karne..., s. 132.

¹⁹ L. Gardocki, Prawo karne..., s. 233.

- i) dobrowolnie odstąpienie od udziału w grupie albo związku i ujawnienie przed organem powołanym do ścigania przestępstw wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu lub zapobieżenie popełnieniu zamierzonego przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego (art. 259 k.k.);
- j) dobrowolne zapobieżenie:
 - przed wszczęciem postępowania karnego wykorzystania wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, zrezygnowanie z dotacji lub zamówienia publicznego albo zaspokojenie roszczenia pokrzywdzonego (art. 297 § 3 k.k.);
 - przed wszczęciem postępowania karnego wypłacie odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia (art. 298 § 2 k.k.);
- k) dobrowolne powrót do odbywania służby zastępującej służbę wojskową, gdy nieobecność trwała nie dłużej niż 14 dni (art. 146 k.k.).

Lektura tych przepisów wskazuje, że ustawodawca czynny żal wiąże z niedopuszczeniem do skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego (art. 15 § 1 k.k.); dokonaniem czynu zabronionego (art. 23 § 1 k.k.); zaniechaniem dalszej działalności i spełnieniem dodatkowych warunków (art. 131 § 1 i 2, art. 252 § 4 i 5, art. 259 k.k.); uchYLENIEM określonego niebezpieczeństwa (art. 160 § 4, art. 169 § 1 i 2, art. 176 § 1 i 2, art. 220 § 3 k.k.); rezygnacją z uzyskania owoców przestępstwa (art. 297 § 3, art. 298 § 2 k.k.) oraz zniwelowaniem skutków zachowania przestępnego (art. 146, art. 233 § 5 pkt 2 k.k.).

W zasadzie czynny żal nie jest zależny od podjęcia działania odwracającego skutki zanim organ powołany do ścigania przestępstw dowiedział się o jego popełnieniu.

Nie sposób zaliczyć do czynnego żalu zachowania po dokonaniu przestępstwa polegającego na naprawieniu szkody wyrządzonej przestępstwem oraz denuncjacji, mimo że ustawa wiąże z nimi niekaralność sprawcy lub nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpienie od wymierzenia kary. Chodzi bowiem o wypadki, gdy przestępstwo zostało popełnione, a późniejsze zachowanie sprawcy ma zrekompensować jedynie szkodę, którą wyrządził przestępstwem.

Kodeks karny przewiduje, że sprawca nie podlega karze w razie:

- uiszczenia w całości zaległych alimentów przez sprawcę przestępstwa uchylania się od łożenia na utrzymanie nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego (art. 209 § 4 k.k.);
- przekupstwa w wypadku, gdy korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział (art. 229 § 6, art. 230a § 3, art. 296a § 5 k.k.);
- dobrowolnego naprawienia w całości wyrządzonej szkody przed wszczęciem postępowania karnego przez sprawcę przestępstwa z art. 296 k.k. (art. 296 § 5 k.k.);

- dobrowolnego ujawnienia wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa prania pieniędzy oraz okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa; jeżeli zaś sprawca czynił starania zmierzające do ujawnienia tych informacji i okoliczności, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 299 § 8 k.k.);
- uiszczenia w całości zaległych alimentów przez sprawcę przestępstwa uchylania się od łożenia na utrzymanie, w wyniku czego została narażona osoba uprawniona na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego, chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary (art. 209 § 5 k.k.).

Możliwe jest zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia w wypadkach, gdy sprawca przestępstwa:

- sprzedajności wyborczej zawiadomił organ powołany do ścigania o fakcie przestępstwa i okolicznościach jego popełnienia, zanim organ ten o nich się dowiedział (art. 250a § 4 k.k.);
- określonego w art. 278, 284–289, 291, 292 lub 294 k.k. dobrowolnie naprawił szkodę w całości albo zwrócił pojazd lub rzecz mającą szczególne znaczenie dla kultury w stanie nieuszkodzonym (art. 295 § 1 k.k.);
- określonego w art. 296 lub 299–305 k.k. dobrowolnie naprawił szkodę w całości (art. 307 § 1 k.k.).

Możliwe jest nadzwyczajne złagodzenie kary wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 278, 284–289, 291, 292 lub 294 k.k., który dobrowolnie naprawił szkodę w znacznej części (art. 295 § 2 k.k.).

2. Dobrowolne podjęcie przez sprawcę starań, aby zapobiec skutkom swego działania w kodeksie karnym

W kodeksie karnym nieliczne są wypadki czynnego żalu w postaci:

- dobrowolnego podjęcia przez sprawcę działań o odwrócenie wywołanego przez siebie stanu. Chodzi o dobrowolne zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego w wypadku usiłowania (art. 15 § 2 k.k.);
- dobrowolnego starania się przez współdziałającego zapobiegnięciu dokonania czynu zabronionego (art. 23 § 1 k.k.);
- podjęcia istotnego starania zmierzającego do zapobieżenia popełnieniu zamierzonego czynu zabronionego oraz ujawnienia wobec organu powołanego do ścigania przestępstw wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu w razie popełnienia przestępstwa określonego w art. 128 § 2, art. 129 lub w art. 130 § 3 k.k. (art. 131 § 2 k.k.);
- czynienia starań przez sprawcę przestępstwa prania pieniędzy (art. 299 § 1 lub 2 k.k.), zmierzających do ujawnienia wobec organu powołanego

do ścigania przestępstw informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa (art. 299 § 8 *in fine* k.k.).

III. Przestanki dobrowolnego zapobieżenia przez sprawcę następstwom swego działania

W literaturze i judykaturze najczęściej wypowiedzi dotyczące czynnego żalu odnoszą się do zapobieżenia skutkowi w wypadku usiłowania, a rozważania te mogą być z powodzeniem spożytkowane także do innych wypadków zapobieżenia następstwom zachowania przestępnego.

1. Zapobieżenie następstwom przestępstwa

W zakresie zapobieżenia następstwom przestępstwa najczęściej chodzi o zapobieżenie skutkowi przestępnemu. Zapobieżenie skutkowi oznacza niedopuszczenie do zniszczenia dobra prawnego, które pierwotnie miało być naruszone²⁰. Generalnie ma polegać na doprowadzeniu do tego, że skutek nie nastąpi, jednakże może przybrać postać zaniechania działania przestępnego w trakcie realizacji czynu; może to mieć miejsce w wypadku przestępstw rozciągłych w czasie²¹.

„Ustawa – jak podkreśla się w judykaturze – nie określa sposobu zachowania czy intensywności podejmowanych działań, a jedynie wymaga dobrovolności zapobieżenia skutkowi (czynny żal), to jest ustalenia, że sprawca z własnej woli niezależnie od motywacji chciał, aby skutek nie nastąpił i podjął w tym kierunku działania”²². Chodzi o aktywne zachowanie sprawcy, który zdając sobie sprawę z możliwości nastąpienia skutku, nie chce, by ten nastąpił i podejmuje w tym celu stosowne działanie²³. Między zapobiegającym zachowaniem sprawcy a nienastąpieniem skutku musi zachodzić związek przyczynowy²⁴. Trafnie w doktrynie zwraca się uwagę, że konieczna staje się ingerencja w łańcuch kauzalny, którego ogniwem jest przewidywalny potencjalny skutek, którego wystąpieniu należy przeciwdziałać²⁵. Chodzi o przerwanie uruchomionego przez sprawcę kauzalnego ciągu zdarzeń nie-

²⁰ A. Zoll, (w:) K., Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz..., s. 116.

²¹ K. Buchała, Prawo karne..., s. 367.

²² Wyrok SA w Białymstoku z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 69/14, LEX nr 1496379.

²³ Wyrok SA w Krakowie z dnia 19 października 2011 r., sygn. II AKa 191/11, KZS 2011, nr 11, poz. 51.

²⁴ L. Pełper, Komentarz..., s. 97; L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 88.

²⁵ J. Giezek, (w:) Prawo karne..., s. 223–224.

zależnych od niego²⁶. Ma to być pozytywne działanie sprawcy ukierunkowane na zapobiegnięcie nastąpienia skutku. Wymagana jest aktywność sprawcy podjęta po to, by nie dopuścić do naruszenia dobra prawnego, do czego zmierzało wcześniejsze jego zachowanie²⁷. Konieczna jest ze strony sprawcy przeciwalkcja zapobiegająca naruszeniu dobra prawnego²⁸.

Nie ma znaczenia sposób zapobieżenia skutkowi, a istotne jest, aby w wyniku działania sprawcy nie doszło do nastąpienia skutku przestępnego. Trafny jest pogląd wyrażony w orzecznictwie, że: „Tryb dokonany użyty przez ustawodawcę w słowie „zapobiegł” świadczy, iż zachowanie ma być skuteczne i musi istnieć związek przyczynowy pomiędzy działaniem oskarżonego a niewystąpieniem znamienia czynu zabronionego”²⁹.

O skuteczności czynnego żalu nie decyduje samo niewystąpienie skutku, lecz zapobieżenie jego wystąpieniu przez sprawcę. W wypadku gdy działania sprawcy w żadnym stopniu nie przyczyniły się do zapobieżenia skutkowi przestępnemu, a jego brak był wynikiem innych okoliczności, nie może być mowy o zapobieżeniu skutkowi, a zachowanie to należy traktować jako staranie się o zapobieżenie powstania skutku przestępnego³⁰. Muszą być użyte środki paraliżujące przyczynowość działania w tym celu, by nie powstał skutek należący do istoty przestępstwa; sprawca musi mieć świadomość, że skutek zagraża i podjęte przez niego działanie zmierza do zapobieżenia mu³¹. Słusznie w doktrynie przyjmuje się, że nie sposób uznać za zapobieżenie skutkowi czynu zabronionego w sytuacji, gdy sprawca podjął pozorne lub irracjonalne czynności, które tylko dzięki przypadkowi zapobiegły jego nastąpieniu³².

Sprawca może mu zapobiec własnym działaniem lub też może skorzystać z pomocy osób trzecich w celu niedopuszczenia do nastąpienia skutku³³.

²⁶ O. Sitarz, (w:) *Prawo karne. Część ogólna i wojskowa*, Warszawa 2014, s. 123.

²⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 288; wyrok SA w Krakowie z dnia 19 października 2011 r., sygn. II AKa 191/11, KZS 2011, nr 11, poz. 51.

²⁸ Wyrok SA w Krakowie z dnia 25 października 2012 r., sygn. II AKa 169/12, Prok. i Pr. 2013, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 31; wyrok SA w Lublinie z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. II AKa 242/16, LEX nr 2188879.

²⁹ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 5 marca 2009 r., sygn. II AKa 16/09, Orzecznictwo SA w Szczecinie, PA w Szczecinie.

³⁰ J. Giezek, (w:) *Kodeks karny...*, s. 136; G. Rejman, (w:) *Kodeks karny...*, s. 580.

³¹ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 126; M. Filar, (w:) *Prawo karne...*, s. 149; L. Tyszkiewicz, (w:) *Kodeks karny...* s. 88; P. Poniąkowski, *Czynny żal sprawcy usiłowania*, cz. 2, Pal. 2015, nr 9–10, s. 59–68.

³² A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek: *Kodeks karny...*, s. 233.

³³ Wyrok SN z dnia 13 września 1974 r., sygn. V KR 270/74, OSNKW 1975, nr 1, poz. 3 z uwagami G. Rejman, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za rok 1975*, NP 1976, nr 6, s. 917; wyrok SA w Katowicach z dnia 1 lutego 2005 r., sygn. II AKa 53/05, KZS 2006, nr 2, poz. 47; G. Rejman, (w:) *Kodeks kar-*

Rację ma Sąd Najwyższy, że:

- „Każde zachowanie się sprawcy usiłowania przestępstwa znamienne skutkiem, które uruchomiło proces odwracania skutku i doprowadziło do tego, że skutek ten nie nastąpił, jest „zapobieżeniem skutkowi przestępnemu” (...), niezależnie od tego, czy w tym procesie brał udział tylko sprawca, czy także – z jego inicjatywy – inne osoby”³⁴;
- „Ustawa nie wymaga, aby odwrócenie skutku było wyłącznie wynikiem zachowania się sprawcy, tzn. aby nie mógł on posłużyć się w tym celu także inną osobą. Zachodzić to może zwłaszcza wówczas, gdy do zapobieżenia skutkowi są potrzebne umiejętności lub wiedza, których sprawca nie ma”³⁵.

Sprawca nie musi podjąć natychmiastowego działania zmierzającego do niedopuszczenia do nastąpienia skutku; może to być nawet znaczny odstęp czasowy, bowiem istotne jest, by było ono skuteczne. Zasadnie Sąd Najwyższy przyjął, że: „Zapobieżenie skutkowi musi być rezultatem dobrowolnej działalności sprawcy i nie jest istotne, czy sprawca np. wzywa natychmiast, czy też w dużym odstępie czasowym od czynu, pomoc lekarską. Istotne jest bowiem tylko to, aby sprawca z własnej woli i kierowany chęcią zapobieżenia skutkom swego działania ową pomoc wezwał i aby ta pomoc okazała się skuteczna”³⁶.

Zapobieżenie skutkowi przestępnemu jest możliwe tylko przy przestępstwach materialnych zarówno z działania, jak i zaniechania³⁷. Nie jest możliwe przy przestępstwach formalnych, które przecież nie wywołują skutku, a są dokonane z chwilą podjęcia działania lub upływu czasu, w którym należało podjąć czynność nakazaną przez prawo. Nie można zatem zapobiec skutkowi, którego nie ma³⁸. W doktrynie jednak zwraca się uwagę, że nie

ny..., s. 578; A. Zoll, (w:) K., Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz..., s. 116; R. Góral, Kodeks karny..., s. 45; A. Zoll, (w:) Kodeks karny..., s. 310.

³⁴ Wyrok SN z dnia 26 lutego 1985 r., sygn. IV KR 32/85, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 70 z glosą D. Gajdusa, PiP 1986, nr 5, s. 144–145 oraz z uwagami Z. Cwiakalskiego, A. Zolla, Przegląd orzecznictwa Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I i II półrocze 1986 r., NP 1987, nr 2, s. 51; wyrok SA w Białymstoku z dnia 23 października 2001 r., sygn. II AKa 243/01, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 2, poz. 7.

³⁵ Wyrok SN z dnia 19 sierpnia 1974 r., sygn. I KR 35/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 225 z uwagami M. Cieślaka, J. Waszczyńskiego, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za rok 1975. Część ogólna, Pal. 1977, nr 7, s. 39; wyrok SN z dnia 3 grudnia 2007 r., sygn. II KK 199/07, LEX nr 353335; wyrok SA w Katowicach z dnia 31 maja 2005 r., sygn. II AKa 53/05, KZS 2006, nr 2, poz. 47; wyrok SA w Łodzi z dnia 12 października 2012 r., sygn. II AKa 214/12, Prok. i Pr. 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 30.

³⁶ Wyrok SN z dnia 8 października 1975 r., sygn. V KR 180/75, OSP 1976, nr 11, poz. 210 z glosą R. Rogali, tamże; wyrok SA w Katowicach z dnia 28 września 2004 r., sygn. II AKa 281/04, KZS 2005, nr 6, poz. 58.

³⁷ J. Śliwowski, Prawo karne..., s. 241; G. Rejman, (w:) Kodeks karny. ..., s. 576.

³⁸ S. Śliwiński, Polskie prawo karne..., s. 309.

chodzi o skutek w sensie, jaki odpowiada pojęciu przestępstwa materialnego, czyli o jakąkolwiek zmianę w świecie zewnętrznym, z którą wiąże się dokonanie przestępstwa formalnego³⁹.

Chodzi o każde działanie dobrowolne sprawcy, które bezpośrednio lub pośrednio zapobiegło skutkowi przestępnemu⁴⁰. Ma to być tylko aktywne i skuteczne zachowanie⁴¹.

IV. Staranie się o zapobieżenie skutkowi

Przez staranie rozumie się uczynienie wszystkiego, co można było uczynić w danej sytuacji, by zapobiec skutkom przestępnego zachowania⁴². Tak samo jak w wypadku zapobieżenia skutkowi czynu zabronionego, tak i w razie podjęcia starań o zapobieżenie mu, sposób tych starań może być dowolny, jak też sprawca może skorzystać z pomocy osób trzecich. Podjęte czynności nie muszą być zdolne do zapobieżenia, a w zasadzie nie są lub są spóźnione, skoro nie doszło do osiągnięcia zamierzonego skutku. W literaturze zwraca się uwagę, że mają one taki charakter wówczas, gdy sprawca faktycznie podejmuje czynności dla zapobieżenia wystąpienia skutku oraz nie są tego rodzaju, że bezwzględnie negują istnienie po stronie sprawcy zamiaru zapobieżenia karalnemu skutkowi, to znaczy obiektywnie są nieudolne⁴³. Muszą być jednak realne, a nie pozorne. Sprawca powinien podjąć wszelkie działania, jakie – według jego mniemania – mogą zapobiec powstaniu skutku przestępnego. W wypadku, gdy sprawca zaprzestaje działań w przeświadczeniu, że nie przyniosą one pożądanego rezultatu, nie są zrealizowane przesłanki podjęcia stań o uniknięcie skutku⁴⁴.

V. Dobrowolność

Zarówno zapobieżenie skutkowi przestępnemu, jak i staranie się o zapobieżenie mu muszą być dobrowolne. Za dobrowolną uznaje się decyzję podjętą z własnej woli sprawcy, bez jakiegokolwiek nacisku z zewnątrz. Chodzi o sytuację, w której sprawca mógł nie zapobiegać bez nacisku z zewnątrz, a mimo to chciał to uczynić⁴⁵. Zasadnie twierdzi się w judykaturze, że:

³⁹ K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 366.

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 13 września 1974 r., sygn. V KR 270/74, OSNKW 1975, nr 1, poz. 3.

⁴¹ J. Śliwowski, *Prawo karne...*, s. 241.

⁴² I. Andrejew, *Polskie prawo karne...*, s. 241.

⁴³ R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny...*, s. 606.

⁴⁴ P. Poniąkowski, *Czynny żal...*, s. 60.

⁴⁵ K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 366.

- „Pojęcie zapobiegł skutkowi (...) zarówno w warstwie leksykalnej, jak też funkcjonalnej kojarzy się z takimi działaniami, które zdecydowały o odwróceniu nieuchronności skutku. Przepis kładzie wyraźny akcent na związek przyczynowy pomiędzy działaniem sprawcy powstrzymującego nastąpienie skutku a powodzeniem tej akcji, czyli zapobiegnięciem. Nie może to więc być jakiegokolwiek przyczynienie się, ale stanowczy, zewnętrzny wyraz chęci uczynienia wszystkiego, co w mocy sprawcy, by osiągnąć pozytywny skutek”⁴⁶.
- „Klasyczny przypadek tzw. czynnego żalu ma miejsce wtedy, gdy sprawca, z własnej inicjatywy, niepowodowany okolicznościami natury zewnętrznej i wykonawszy już wszystkie czynności zmierzające do realizacji czynu, ma świadomość nieuchronności nastąpienia skutku – zapobiega mu jednak, pragnąc jego odwrócenia. Zapobieżenie skutkowi nie musi być wyłącznie wynikiem zachowania sprawcy. Dla odwrócenia niebezpieczeństwa konieczne są niekiedy umiejętności i wiedza, których on sam nie posiada, a zatem wezwane innych osób (np. pogotowia ratunkowego) nie odbiera takim poczynaniom cech dobrowolnego zapobiegnięcia skutkowi”⁴⁷;
- „Zapobiegnięcie (...) wiąże się ściśle z porzuceniem przez sprawcę zamiaru dokonania czynu zabronionego i z chęcią odwrócenia efektu przestępczego. Innymi słowy, cechą czynnego żalu w postaci „zapobiegnięcia skutkowi” jest specyficzne wewnętrzne nastawienie sprawcy, charakteryzujące się chęcią niedopuszczenia do wystąpienia skutku przestępczego. Tylko wówczas wchodzi w rachubę bezkarność sprawcy”⁴⁸.

W doktrynie wskazuje się, że dobrowolność zapobieżenia skutkowi ma miejsce wtedy, gdy sprawca zdaje sobie sprawę z możliwości nastąpienia skutku, lecz obecnie chce, aby do niego nie doszło⁴⁹. Trafnie Sąd Najwyższy podkreśla, że: „O czynnym żalu decyduje wewnętrzne nastawienie sprawcy, które można odczytać z jego zachowania. Jeżeli czynności podjęte dla zapobieżenia skutkowi przestępnemu nie są tylko demonstracją sprawcy, ale wynikają z jego przekonania, że skutek przestępny rzeczywiście zagraża oraz z pragnienia odwrócenia tego skutku, a ponadto są z tego punktu wi-

⁴⁶ Postanowienie SN z dnia 7 marca 2017 r., sygn. V KK 406/16, LEX nr 2258064.

⁴⁷ Wyrok SA w Łodzi z dnia 26 lutego 2002 r., sygn. II AKa 16/02, Prok. i Pr. 2004, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 23; wyrok SA w Białymstoku z dnia 23 kwietnia 1998 r., sygn. II AKa 38/98, OSP 2000, nr 4, poz. 50 z glosą J. Warylewskiego, OSP 2000, nr 4, s. 176–177, wyrok SA w Krakowie z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 45/09, Prok. i Pr. 2010, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 27.

⁴⁸ Postanowienie SN z dnia 5 maja 2006 r., sygn. III KK 269/05, LEX nr 186937.

⁴⁹ A. Zoll, (w:) K. Buchała, Z. Cwiakański, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz..., s. 116; tenże, (w:) Kodeks karny..., s. 309; W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2014, s. 242; wyrok SA w Lublinie z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 286/12, LEX nr 1240023.

dzenia celowe i właściwe – to istnieje pełna podstawa do uznania ich za przejaw czynnego żalu niezależnie od tego, czy do skutku przestępnego nie doszło dzięki tym czynnościom, czy z innej przyczyny. Rozstrzygające znaczenie ma tu bowiem strona subiektywna – porzucenie zamiaru dokonania przestępstwa⁵⁰.

W orzecznictwie trafnie wskazuje się, że dobrowolne jest działanie wtedy, gdy: po pierwsze, wymagane jest, by było ono sterowane wolą sprawcy; po drugie, musi ono mieć miejsce w sytuacji, w której sprawca ma świadomość możliwości dokonania czynu zabronionego; po trzecie, nie może być wymuszone zmianą okoliczności niezależnych od sprawcy⁵¹.

Nieistotne są pobudki sprawcy; nie muszą to być pobudki zasługujące na pozytywną ocenę moralną⁵². Słuszne jest stanowisko zajęte w judykaturze, że: „Nie ma znaczenia (...) skąd pojawił się bodziec do takiej, a nie innej decyzji sprawcy (...). Motywy i pobudki takiego zachowania nie są w tym wypadku istotne. Charakter motywów i pobudek, jakimi kierował się sprawca, jest w zakresie oceny dobrowolności jego zachowania prawnie obojętny”⁵³. W tym kontekście nie zasługuje na aprobatę pogląd przeciwny⁵⁴.

Zasadnie podkreśla się w literaturze, że zachowanie sprawcy nie musi być determinowane wyłącznie czynnikami wewnętrznymi, ale może być wynikiem okoliczności zewnętrznych, mających charakter względny, a nie bezwzględnie wpływających na wolę sprawcy⁵⁵. W związku z tym dominujący czynnik działania musi mieć charakter wewnętrzny, a sprawca uświadamia sobie możliwość osiągnięcia skutku oraz nie ma już zamiaru popełnienia

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 17 marca 1975 r., sygn. V KR 411/74, OSP 1977, nr 3, poz. 58 z glosą A. Korus, tamże.

⁵¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. II AKa 481/14, Prok. i Pr. 2015, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 17.

⁵² S. Leleń, (w:) *Prawo karne w zarysie...*, s. 284; I. Andrejew, *Polskie prawo karne...*, s. 240; L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 115; V. Konarska-Wrzošek, (w:) *Kodeks karny...*, s. 118; P. Poniałowski, *Czynny żal...*, s. 63; wyrok SN z dnia 13 czerwca 1980 r., sygn. I KR 114/80, OSNPG 1980, nr 12, poz. 144; wyrok z dnia 30 sierpnia 1985 r., sygn. III KR 260/85, OSNPG 1986, nr 8, poz. 101; wyrok SN z dnia 20 lutego 1987 r., sygn. III KR 15/87, OSNPG 1987, nr 8, poz. 97; wyrok SA w Szczecinie z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 194/16, LEX nr 2295132; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 września 2015 r., sygn. II AKa 225/15, LEX nr 1927494; wyrok SA w Gdańsku z dnia 28 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 210/13, LEX nr 1391873; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 22 maja 2013 r., sygn. II AKa 151/13, LEX nr 1331172; wyrok SA w Krakowie z dnia 24 czerwca 2004 r., sygn. II AKa 223/03, KZS 2004, nr 7–8, poz. 46.

⁵³ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. II AKa 312/12, LEX nr 1238671; wyrok SA w Krakowie z dnia 24 czerwca 2004 r., sygn. II AKa 223/03, Prok. i Pr. 2005, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 9.

⁵⁴ Z. Papierkowski, Glosa do wyroku SN z dnia 14 września 1967 r., sygn. V KRN 599/67, NP 1968, nr 8–9, s. 1236–1237.

⁵⁵ R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny...*, s. 603; M. Mozgawa, (w:) *Kodeks karny...*, s. 64.

określonego czynu zabronionego⁵⁶. Wskazuje się też, że może to być autentyczny żal, namowa, lub perswazja innych osób⁵⁷, skrucha, litość, obawa przed odpowiedzialnością karną⁵⁸, samokrytyczna ocena swego dążenia do naruszenia normy prawa karnego, zwykłe wyrachowanie, że czyn taki jest nieopłacalny, zbyt duże ryzyko odpowiedzialności karnej⁵⁹, litość, wyrzuty sumienia, wyrachowanie, strach⁶⁰. Nie jest trafne zapatrywanie, że pobudką działania nie może być świadomość ujawnienia przestępstwa i grożąca za nie odpowiedzialność karna⁶¹.

Nie jest dobrowolne działanie sprawcy podjęte na skutek okoliczności zewnętrznych, które wpłynęły na jego wolę i wywołały przekonanie o konieczności podjęcia określonego działania⁶².

Ma jednak cechy dobrowolności działanie podjęte pod wpływem dezaprobaty czynu wyrażonej przez osobę trzecią, jeżeli sprawca nie musiał poddać się wspomnianemu wpływowi, który w świetle doświadczenia życiowego nie stanowił przyczyny decydującej o odstąpieniu, lecz tylko stwarzał jeden z bodźców do rezygnacji z przestępnego zamierzenia⁶³. Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem, że dobrowolność zapobieżenia powinna polegać na działaniu wynikającym wyłącznie z własnych refleksji i przeżyć psychicznych sprawcy, które nie wynikają z inicjatywy i postawy osób trzecich⁶⁴.

⁵⁶ Wyrok SA w Katowicach z dnia 17 maja 2001 r., sygn. II AKa 139/01, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 16.

⁵⁷ A. Marek, Kodeks karany..., s. 68.

⁵⁸ W. Wolter, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karany..., s. 88.

⁵⁹ T. Bojarski, (w:) Kodeks karany..., s. 52.

⁶⁰ R. Góral, Kodeks karany..., s. 45.

⁶¹ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład porównawczy..., s. 99–100; tenże, Kodeks karany..., s. 126.

⁶² Postanowienie SN z dnia 27 września 2013 r., sygn. II KK 223/13, LEX nr 1388594; wyrok SN z dnia 18 sierpnia 2005 r., sygn. WA 18/05, Biul. PK 2005, nr 7, poz. 1.3.2; wyrok SN z dnia 8 września 2005 r., sygn. II KK 10/05, Biul. PK 2005, nr 8, poz. 1.2.1; wyrok SN z dnia 3 stycznia 1980 r., sygn. I KR 329/79, OSNKW 1980, nr 9, poz. 73 z głosami W. Kubałi, OSP 1981, nr 5, poz. 85 i E. Szwedka, OSP 1981, nr 5, poz. 85; wyrok SA w Łodzi z dnia 22 października 1999 r., sygn. II AKa 154/99, Biul. PA w Łodzi 1999, nr 9, s. 2; wyrok SA w Lublinie z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. II AKa 273/11, KZS 2012, nr 9, poz. 51.

⁶³ Wyrok SN z dnia 5 stycznia 1973 r., sygn. III KR 258/72, OSNKW 1973, nr 7–8, poz. 92 z głosem A. Gubińskiego, PiP 1974, nr 1, s. 174 i nast. oraz uwagami G. Rejmana, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego (za rok 1973), część II – Kara, PiP 1974, nr 11, s. 174.

⁶⁴ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., sygn. II AKa 373/12, POSAG 2013, nr 2, s. 209–213; wyrok SA w Łodzi z dnia 30 września 2010 r., sygn. II AKa 133/10, OSAŁ 2011, nr 2, poz. 21.

VI. Prawnokarne skutki czynnego żalu

Skutki prawnokarne czynnego żalu nie są jednorodne; może to być niepodleganie karze lub nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpienie od wymierzenia kary. Są one immanentnie związane z tą instytucją. W wypadkach, w których przewidziana jest bezkarność ze względu na czynny żal, ustawa stanowi, że sprawca „nie podlega karze”. Zwrot ten oznacza, że wyłączona jest karalność czynu⁶⁵, ale czyn pozostaje bezprawny⁶⁶. Nie ma racji Sąd Najwyższy, że: „Wyrażenie: „nie podlega karze” wyłącza uznanie winy sprawcy, należy więc w takim wypadku uniewinnić oskarżonego, a nie umorzyć postępowanie w danej sprawie”⁶⁷. Tak samo trzeba ocenić stanowisko, że nie odbiera to czynowi przestępnego charakteru⁶⁸. Element „karalności” czynu uznawany jest koniecznym składnikiem struktury przestępstwa, jednym z niezbędnych elementów ogólnej definicji przestępstwa⁶⁹.

Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia w razie dobrowolnego powrócenia do odbywania służby zastępującej służbę wojskową, gdy nieobecność trwała nie dłużej niż 14 dni (art. 146 k.k.).

Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary wobec sprawcy wzięcia zakładnika połączonego ze szczególnym jego udręczeniem (art. 252 § 2 k.k.), który odstąpił od zamiaru wymuszenia i zwolnił zakładnika, a stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, jeżeli odstąpienie od zamiaru wymuszenia i zwolnienie zakładnika nastąpiło dobrowolnie (art. 252 § 4 k.k.).

W wypadku, gdy sprawca starał się zapobiec skutkowi przestępnemu, a tym samym nie osiągnął celu, nie korzysta z niepodlegania karze, a przewidziana jest możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 15 § 1, art. 23 § 2 k.k.).

Czynny żal jest okolicznością ściśle osobistą, uwzględnianą tylko co do osoby, której dotyczy (art. 55 k.k.), przykładowo w wypadku, gdy przestępstwa usiłowało dokonać kilku sprawców, a dobrowolnie zapobiegł jeden z nich, z dobrodziejstwa czynnego żalu korzysta tylko ten, a pozostali ponoszą odpowiedzialność⁷⁰.

⁶⁵ Wyrok SN z dnia 26 lutego 1985 r., sygn. IV KR 32/85, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 70.

⁶⁶ M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 365; O Siłarz, *Usiłowanie ukończone i nieukończone (Próba nowego spojrzenia)*, PiP 2011, nr 6, s. 88.

⁶⁷ Postanowienie SN z dnia 25 marca 1963 r., sygn. Rw 218/63, OSNKW 1963, nr 10, poz. 191.

⁶⁸ L. Tyszkiewicz, (w:) *Kodeks karny...*, s. 87.

⁶⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. II AKa 464/12, LEX nr 1236458.

⁷⁰ S. Leleńtal, (w:) *Prawo karne w zarysie...*, s. 282; W. Wróbel, A. Zołł, *Polskie prawo karne...*, s. 243.

VII. Wnioski

Przeprowadzona analiza przepisów kodeksu karnego wskazuje, że w wypadku czynnego żalu sprawca z reguły nie podlega karze, a klauzula ta stosowana jest *ipso iure*. W tym kontekście nasuwa się pytanie, czy jej stosowanie nie powinno być pozostawione dyskrecjonalnej władzy sądu. Mogą bowiem zaistnieć sytuacje, że uwolnienie sprawcy od kary może godzić w społeczne poczucie sprawiedliwości. Jeśli się zważy, że niekaralność ma skłonić sprawcę do zapobieżenia następstwa czynu⁷¹, to staje się jasne, że rozwiązania kodeksowe stwarzają sprawcy pewność, iż nie będzie podlegał karze, a to może być istotnym czynnikiem motywacyjnym.

Trudno sobie wyobrazić, by zrezygnować z tej instytucji. W doktrynie zasadnie twierdzi się, że „Porzucenie instytucji czynnego żalu jest krokiem ryzykowanym, gdyż nie będzie dla sprawcy po wywołaniu groźnej sytuacji żadnej pobudki, by zapobiec szkodzie społecznej nieraz nieobliczalnej. Pobudką taką nie będzie możliwość zastosowania niższego wymiaru kary lub łagodniejszego środka karnego. Tylko nadzieja zupełnej bezkarności działać może jako skuteczny bodziec”⁷².

Active repentance in criminal law: fundamentals

Abstract

This paper explores active repentance as set out in the Penal Code of 1997. Active repentance is understood to mean both post-crime perpetrator's behaviours aiming at preventing effects of the crime from realizing or occurring. No abandonment of a prohibited act before its commission is considered active repentance. With such an understanding of active repentance, both the elements involved in preventing, or attempting to prevent any realisation of effects of the crime, and voluntary nature of the perpetrators' acts are explained. Criminal-law consequences of active repentance are listed to include exemption from punishment, extraordinary mitigation of a penalty, and penalty waiver.

⁷¹ W. Świda, Prawo karne..., s. 194.

⁷² J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład porównawczy..., s. 224.

Michał Błoński

Znaczenie zeznań funkcjonariusza policji opartych na czynności tzw. rozpytania

Streszczenie

Artykuł porusza problem dopuszczalności przesłuchania w toku procesu funkcjonariuszy organów ścigania na okoliczność informacji uzyskanych na miejscu zdarzenia od osób, które w przyszłości uzyskają status podejrzanego. Wskazano, że rozpytanie jest czynnością operacyjną, nie stanowi przesłuchania, a zatem treść wypowiedzi określonej osoby, której adresatem był funkcjonariusz policji, nie podlega ochronie m.in. przez dyspozycję art. 186 § 1 k.p.k. W ramach czynności rozpytania osoba podejrzana nie jest stroną postępowania przygotowawczego, a zatem nie korzysta z uprawnień i obowiązków przewidzianych dla podejrzanego. Treść wypowiedzi tej osoby może być zasadniczo odtwarzana skoro nie stanowiły one następstwa podjętych wobec niej czynności procesowych.

Przedmiotem dowodzenia w procesie karnym są znamiona przedmiotowe i podmiotowe danego typu rodzajowego przestępstwa, które zostało zarzucone podejrzanemu. Proces oparty na zasadzie kontradiktoryjności charakteryzuje się sporem między dwiema stronami, które mają przeciwstawne względem siebie interesy procesowe. Wszelkie ustalenia faktyczne mają odpowiadać naczelnej zasadzie procesowej, czyli zasadzie prawdy materialnej, dlatego nawet przyznanie określonego faktu przez strony, który na daną chwilę wydaje się bezsporny, nie powoduje *a priori* przyjęcia, że zaistniał on w rzeczywistości. W związku z powyższym niezwykle istotne jest należyte przeprowadzenie postępowania dowodowego zarówno w stadium przygotowawczym jak i jurysdykcyjnym. Udowodnieniu zawsze podlega zaistnienie czynu zabronionego, wyczerpanie jego znamion przez konkretnego sprawcę oraz okoliczności wpływające na wymiar kary, środków karnych i środków kompensacyjnych. Służą temu wyłącznie tzw. dowody ścisłe¹. Dowody takie muszą być przeprowadzone w formie i na zasadach określo-

¹ Zob. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 602–606; R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 46.

nych w przepisach prawa dowodowego, albowiem służą dokonywaniu ustaleń w przedmiocie procesu².

Proces dowodzenia i ustalenia faktyczne na nim oparte nie zawsze są możliwe na podstawie dowodów bezpośrednich, w tym wyjaśnieniach oskarżonego czy zeznaniach bezpośrednich świadków (*testis ex visu*). Pojawiają się zarówno w teorii jak i przede wszystkim w praktyce zagadnienia dotyczące dopuszczalności sięgnięcia po dowody pośrednie np. świadków ze słuchu (*testis ex auditu*) albo żeby dokonać określonych ustaleń faktycznych w sprawie, gdy nie jest możliwe uczynienie ich na podstawie dowodów bezpośrednich, albo w celu weryfikacji dowodów bezpośrednich, co może być przydatne dla wykazania określonych faktów jako udowodnionych. Należy podkreślić, że katalog dopuszczalnych dowodów nie ma charakteru zamkniętego. Dodatkowo na gruncie polskiego prawa karnego procesowego nie występują żadne dyrektywy wartościujące pozyskiwane dowody. Wynika to z przyjętej zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Nie ma zatem podstaw do dzielenia dowodów na „lepsze” i „gorsze” oraz umniejszania znaczenia dowodów pośrednich czy poszlakowych w stosunku do dowodów bezpośrednich pod warunkiem ich uzyskania i przeprowadzenia w sposób zgodny z wymogami ustawy³. Każdy dowód ma potencjalnie taką samą moc dowodową.

Istotnymi dowodami w procesie karnym są zeznania funkcjonariuszy organów ścigania, a zwłaszcza funkcjonariuszy policji, którzy na miejscu zdarzenia podejmują określone czynności operacyjne i procesowe, i nierzadko jako pierwsi mają kontakt ze świadkami zdarzenia (*testis ex visu*), a także osobami, które w toku procesu uzyskują status podejrzanego, a następnie oskarżonego. Funkcjonariusze policji mogą być świadkami na okoliczność tego, co zaobserwowali na miejscu zdarzenia, np. jakie były zniszczenia w pojazdach uczestniczących w wypadku komunikacyjnym, jak przebiegał pościg za sprawcami określonego przestępstwa i czym się zakończył, czy i jakie słyszeli słowa i jakie zachowania towarzyszyły sprawcy znęcania czy gróźb karalnych wypowiedzianych w ich obecności pod adresem pokrzywdzonego. W tych jednak sytuacjach dowód z zeznań funkcjonariuszy policji jako świadków z reguły będzie jednym z możliwych do przeprowadzenia dowodów służących wykazaniu określonych faktów.

Problemem, który nie doczekał się zresztą jednoznacznego wyjaśnienia w judykaturze jak i doktrynie, jest dopuszczalność przesłuchania w charakterze świadków funkcjonariuszy policji na okoliczność faktów, o których do-

² Zob. M. Rogalski (red.), G. Artymiak (red.), *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 347; P. Kruszyński (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Warszawa 2012, s. 236; R. Kmiecik, *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 122–124.

³ J. Nelken, *Z problematyki dowodowej na tle kodeksu postępowania karnego*, NP 1971, nr 1, s. 73–74; S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 295–296.

wiedzieli się w ramach tzw. czynności rozpytania oraz ewentualnego procesowego wykorzystania tych informacji w ramach czynienia ustaleń faktycznych w sprawie. Zagadnienie to ma ważne znaczenie w praktyce, gdyż w wielu sprawach sąd spotyka się z wyjaśnieniami oskarżonego czy zeznaniami świadka, którzy przedstawiają określone fakty, a następnie prokurator składa wniosek o przesłuchanie funkcjonariuszy policji będących na miejscu zdarzenia, z których to zeznań ma wynikać przeciwieństwo tego, co wyjaśnił oskarżony czy zeznał świadek, z tym że wiedza funkcjonariuszy o tych faktach ma pochodzić bezpośrednio z rozmów na miejscu zdarzenia ze świadkiem czy osobą podejrzaną, czyli potencjalnym oskarżonym.

Czynność rozpytania następuje przede wszystkim na miejscu zdarzenia lub nieco później. Z reguły jednak ma ona miejsce przed wszczęciem postępowania w sprawie, może poprzedzać podjęcie czynności niecierpiących zwłoki (art. 308 § 1 k.p.k.) choć możliwa jest także w trakcie tych ostatnich. Informacje uzyskiwane przez organy ścigania poza czynnością procesową mają jednak zawsze charakter operacyjny⁴. Dzieje się tak nawet wtedy, gdy pozyskiwane są np. po protokolarnym przesłuchaniu świadka⁵. Rozpytanie osób nie wymaga sporządzenia protokołu, gdyż nie jest przesłuchaniem, lecz może być utrwalone za pomocą notatki urzędowej (art. 143 § 2 k.p.k.). Celem rozpytania, dokonywanego przed przesłuchaniem danej osoby jest ustalenie, czy i w jakim stopniu dana osoba może dostarczyć informacji istotnych dla postępowania⁶, co może być wykorzystane już w trakcie procesowego przesłuchania danej osoby.

W ramach sygnalizowanego zagadnienia można wyodrębnić dwie grupy konkurencyjnych poglądów, z tym że opowiedzenie się za którymś z nich ma daleko idące skutki, sięgające niekiedy do możliwości wykazania, w ramach postępowania dowodowego, czy oskarżony wyczerpał swoim zachowaniem znamiona danego typu rodzajowego przestępstwa czy też powinien być uniewinniony wobec nieobalenia domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.). Niezależnie od powyższego, w ramach tych poglądów część kwestii przedstawia się jednolicie, a różnice w istocie sprowadzają się do możliwości i zakresu oparcia ustaleń na podstawie wiedzy uzyskanej przez funkcjonariuszy policji w ramach czynności rozpytania.

Na tle dopuszczalności rozpytania osoby, która w przyszłości może uzyskać status podejrzanego, podnoszone są w różnych środkach zaskarżenia zarzuty, że taki sposób procedowania narusza art. 74 § 1 k.p.k. i art. 175 § 1 k.p.k. w zw. z art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k. Zgodnie z art. 74 § 1 k.p.k. oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani dostarczania dowodów

⁴ M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 64.

⁵ Por. postanowienie SN z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. IV KKN 13/02, LEX nr 53058.

⁶ Wyrok SN z dnia 18 lutego 2003 r., sygn. WA 3/03, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 356.

na swoją niekorzyść. Przepis ten wyraża regułę *nemo se ipsum accusare tenetur* i stanowi konsekwencję zasady domniemania niewinności⁷. Rozpytanie osoby podejrzanej nie narusza dyspozycji wskazanej normy prawnej, albowiem na takiej osobie nie ciąży prawny obowiązek udzielania na żądanie organów ścigania informacji dotyczących okoliczności popełnionego przestępstwa⁸.

Stosownie do art. 175 § 1 *in fine* k.p.k. oskarżony może bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić wyjaśnień, o czym należy go pouczyć. Rozpytanie osoby podejrzanej nie narusza art. 175 § 1 k.p.k., gdyż prawo do milczenia ma zastosowanie do podejrzanego oraz osoby podejrzanej, ale przesłuchiwanej w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Faktycznie podejrzanego, a tym bardziej osób, co do których brak jest podstaw do przedstawienia im zarzutów nie przesłuchuje się, lecz wysłuchuje (rozpytuje), a zatem nie poucza się o prawie do milczenia⁹. Z charakteru tej czynności wynika natomiast, że osoba, która potencjalnie ma zostać podejrzanym, nie ma obowiązku udzielania informacji, a wręcz może w sposób bezkarny złożyć fałszywe oświadczenie, gdyż nie stosuje się do niej także rygorów przesłuchania świadka z art. 233 § 1 lub 1a k.k.¹⁰

Pierwsze z dwóch odmiennych stanowisk zostało wyrażone przez Sąd Najwyższy, który wskazał, że dowód z zeznań funkcjonariusza policji przeprowadzony na okoliczność wypowiedzi osoby rozpytywanej, nie może zastąpić dowodu z wyjaśnień oskarżonego czy z zeznań świadka. Na podstawie tego dowodu nie wolno też czynić ustaleń faktycznych sprzecznych z wyjaśnieniami oskarżonego lub z zeznaniami świadka wobec których dokonano rozpytania, gdyż byłoby to usankcjonowanie nieformalnie przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień lub z zeznań, w sytuacji gdy jego przeprowadzenie w formie określonej przez prawo dowodowe (tzw. dowód ścisły) jest bezwzględnie wymagane jako podstawa odpowiedzialności karnej¹¹.

⁷ Zob. szerzej: T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I. do art. 1–467, Warszawa 2014, s. 329; P. Kruszyński, Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym, Warszawa 1983, s. 11; A. Murzynowski, Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994, s. 268.

⁸ Zob. Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego (*nemo se ipsum accusare tenetur*), Warszawa 1982, s. 28.

⁹ M. Błoński, Wyjaśnienia oskarżonego w polskim procesie karnym, Łódź 2011, s. 258–261; zob. także: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I., Warszawa 2004, s. 725–726.

¹⁰ Wyrok SA w Lublinie z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 119/14, LEX nr 1500822; wyrok SA w Lublinie z dnia 25 września 2013 r., sygn. II AKa 146/13, LEX nr 1378752.

¹¹ Wyrok SN z dnia 6 października 2009 r., sygn. II KK 83/09, LEX nr 532383; postanowienie SN z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 183/06, OSNwSK 2007/1/487; wyrok SA w Katowicach z dnia 26 lipca 2013 r., sygn. II AKa 136/13, LEX nr 1362695; wyrok SA w Szczecinie

Przyjmuje się, iż z czynności rozpytania możliwe jest sporządzenie notatki urzędowej, która nie może zastąpić dowodu z wyjaśnień oskarżonego czy z zeznań świadka i dlatego też nie podlega ujawnieniu w toku przewodu sądowego na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. Notatka taka nie może stanowić podstawy do dokonywania ustaleń faktycznych sprzecznych z wyjaśnieniami oskarżonego czy z zeznaniami świadka, gdyż stanowiłaby niedopuszczalne zastąpienie tych środków dowodowych, co skutkowałoby naruszeniem zakazu dowodowego z art. 174 k.p.k. Odmienne należy natomiast ocenić zeznania osoby, która taką notatkę sporządziła. Zakłada się dopuszczalność przesłuchania funkcjonariusza policji, jednak tylko w zakresie powyżej wskazanym, a zatem zeznania te nie mogą pozostawać w sprzeczności z wyjaśnieniami oskarżonego i zeznaniami rozpytanego świadka. Mogą być one wykorzystane obok wyjaśnień lub zeznań w celu ich potwierdzenia i uzupełnienia pod warunkiem, że nie pozostają w sprzeczności z tymi wyjaśnieniami i zeznaniami albo też ich celem może być weryfikacja wyjaśnień lub zeznań, gdy zachodzi potrzeba wyjaśnienia ewentualnie powstałych różnic. W razie wystąpienia rozbieżności między tymi środkami dowodowymi zeznania funkcjonariuszy policji, z punktu widzenia możliwości ich procesowego wykorzystania, są irrelewantne dla czynienia prawidłowych ustaleń faktycznych i w konsekwencji dla ostatecznego rozstrzygnięcia. Nie można bowiem odmówić wiary wyjaśnieniom oskarżonego i dokonać ustaleń faktycznych w oparciu nie tylko o treść notatki, ale i na podstawie zeznań osoby ją sporządzającej, jeżeli nie są one zgodne z tymi pierwszymi, zawartymi w protokołach przesłuchań oskarżonego¹².

Jako uzasadnienie zaprezentowanego stanowiska wskazuje się także, że zastępowanie dowodu z wyjaśnień oskarżonego zeznaniami osoby go przesłuchującej jest niedopuszczalne, gdyż protokół pełni rolę gwarancyjną. Relacja osoby przesłuchującej nie zapewnia wiernego odtworzenia treści złożonych wyjaśnień lub zeznań, nie jest też wolna od subiektywizmu, a zwłaszcza od zarzutu dążenia do realizacji własnego interesu procesowego. Z tych względów niedopuszczalne jest dokonywanie ustaleń na podstawie faktów, jakoby (rzekomo) podanych policjantowi w trakcie rozpytania podejrzanego lub świadka i następnie przez tego policjanta zeznanych, nawet gdyby wcześniej utrwalił je w notatce¹³.

Na aprobatę jednak zasługuje stanowisko przeciwne, dopuszczające w szerszym zakresie wykorzystywanie zeznań funkcjonariuszy policji dokonujących czynności rozpytania. Ocena przydatności tych zeznań, także w razie ich sprzeczności z wyjaśnieniami czy zeznaniami osób uprzednio

z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 33/09, LEX nr 1643176; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom I, Warszawa 2016, s. 602.

¹² Wyrok SA w Katowicach z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. II AKa 207/10, LEX nr 686854.

¹³ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 389/12, LEX nr 1254584.

rozpytanych, przesunięta zostaje na płaszczyznę dokonywania oceny dowodów w oparciu o zasadę swobodnej ich oceny, bez zakładania *a priori*, które z dowodów mają większą moc dowodową ze względu na to, że pochodzą z określonego źródła dowodowego. Funkcjonariusz dokonujący rozpytania może być przesłuchany na okoliczność uzyskanych w ten sposób informacji jako świadek ze słuchu¹⁴.

Problematyka korzystania z zeznań funkcjonariuszy policji dokonujących rozpytania ma największe praktyczne znaczenie w kontekście przyszłych wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadków uprawnionych do odmowy składania zeznań, jeżeli skorzystali z prawa do milczenia lub podają informacje, które nie korespondują z tymi, które przedstawiali w ramach czynności operacyjnej rozpytania.

Należy zgodzić się z tym, że niedopuszczalne jest substytuowanie dowodu z wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka zeznaniami osoby przesłuchującej, opartych na pamięci i subiektywnym relacjonowaniu wypowiedzi osoby przesłuchiwanej¹⁵. Z kolei z art. 186 § 1 k.p.k. wynika, że w razie odmowy złożenia zeznań przez uprawnione osoby, poprzednio złożone zeznania tych osób nie mogą służyć za dowód, ani być odtworzone. Nie wolno zatem odczytywać protokołów tych zeznań, ale także nie wolno żadnymi środkami dowodowymi dociekać treści tych zeznań, w tym na podstawie zeznań osoby przesłuchującej, notatki sporządzonej w czasie przesłuchania czy zeznań osoby sporządzającej notatkę¹⁶. Zakaz, o jakim mowa w art. 186 § 1 k.p.k. dotyczy uprzednio złożonych zeznań, czyli zeznań jako czynności procesowej oraz możliwości dokonania na ich podstawie ustaleń faktycznych. Przepis ten nie zabrania natomiast odtwarzania wypowiedzi osoby uprawnionej do odmowy zeznań składanych poza protokołem przesłuchania w charakterze świadka – np. w trakcie zatrzymania przez funkcjonariusza policji w formie spontanicznej wypowiedzi. Art. 186 § 1 k.p.k. przewiduje zakaz odtwarzania „uprzednio złożonego zeznania”, czyli tylko oświadczenia wiedzy złożonego organowi procesowemu w ramach czynności procesowej w postaci przesłuchania¹⁷.

¹⁴ Zob. A. Gaberle, Dowody w sądowym procesie karnym, Kraków 2007, s. 325; F. Prusa k, Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym, Warszawa 1973, s. 156; odmiennie: K. J. Pawelec, Zarys metodyki pracy adwokata w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych, (online) Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2016–09–20 01:06 (dostęp w dniu 29 listopada 2016 r.). Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/monografia/369266506/3>; T. Nowak, Sprawdzenie zawiadomienia o przestępstwie, NP 1978, nr 4, s. 611.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 22 lutego 1978 r., sygn. I KR 12/78, OSPiKA 1979, nr 78, poz. 142.

¹⁶ Postanowienie SN z dnia 12 września 2012 r., sygn. II KK 247/11, OSNKW 2013, nr 2, poz. 15; wyrok SN z dnia 16 lutego 1988 r., sygn. IV KR 13/88, Inf. Praw. 1988, nr 7–8, poz. 24; wyrok SN z dnia 22 grudnia 1976 r., sygn. I KR 256/76, OSNPG 1977, nr 7, poz. 6.

¹⁷ Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I., Warszawa 1999, s. 912–913; wyrok SN z dnia 1 września 2003 r., sygn. V KK 12/03, LEX nr 80708.

Powyższe prowadzi do wniosku, że skoro czynność rozpytania nie stanowi przesłuchania jako czynności procesowej, to treść wypowiedzi danej osoby nie podlega ochronie przez dyspozycję art. 186 § 1 k.p.k. Skorzystanie przez świadka z prawa do odmowy zeznań nie zabrania jednocześnie korzystać z zeznań innych świadków, którzy twierdzili okoliczności wiadome im od osób, które z tego uprawnienia skorzystały¹⁸. Do analogicznej konstatacji dojść należy analizując sytuację procesową oskarżonego. W ramach czynności rozpytania nie jest on stroną postępowania przygotowawczego, a zatem nie korzysta z uprawnień i obowiązków przewidzianych dla podejrzanego. Treść jego wypowiedzi może być zasadniczo odtwarzana, skoro nie stanowiły one następstwa podjętych wobec niego czynności procesowych.

W orzecznictwie i doktrynie bezsporny pozostaje pogląd, że osoba posiadająca uprawnienie do odmowy zeznań, jeżeli ich jeszcze nie złożyła, ale opowiedziała o zdarzeniu osobom trzecim, będącym osobami prywatnymi, to treść tych wypowiedzi może być odtworzona poprzez ich przesłuchanie niezależnie od tego, czy uprawniony skorzystał z prawa do odmowy zeznań czy został zwolniony od obowiązku zeznawania. Jak już uprzednio przedstawiono, kontrowersje dotyczą sytuacji, gdy tymi osobami trzecimi są funkcjonariusze policji. Wydaje się, że brak jest jakichkolwiek podstaw do odmiennego traktowania tej kategorii podmiotów i innego podejścia do ich zeznań, skoro informacje uzyskują nie w ramach przesłuchania, lecz rozpytania, zaś czynność rozpytania jako taka nie stanowi naruszenia gwarancji procesowych, przewidzianych w dyspozycji art. 74 § 1 k.p.k. czy art. 175 § 1 k.p.k. W orzecznictwie podnosi się¹⁹, że warunkiem *sine qua non* skorzystania z tego osobowego źródła dowodowego jest to, aby funkcjonariusz policji, który dokonał rozpytania danej osoby, nie miał później jakiegokolwiek kontaktu z prowadzonym postępowaniem przygotowawczym z wyjątkiem czynności, które wykonywał na miejscu zdarzenia, takich jak zatrzymanie czy przeszkucie osoby lub pomieszczeń. W przeciwnym razie istnieje niebezpieczeństwo odtworzenia nie wypowiedzi składanych poza zeznaniami, czyli z reguły tych podawanych bezpośrednio na miejscu zdarzenia, lecz właśnie wypowiedzi stanowiących późniejsze zeznania czy wyjaśnienia, o których

¹⁸ Wyrok SN z dnia 10 marca 1971 r., sygn. IV KR 16/71, OSNKW 1971, nr 9, poz. 131; wyrok SA w Gdańsku z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 333/13, LEX nr 1439015; Z. Kwiatkowski, Glosa do wyroku SN z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02, PS 2004, nr 9, s. 153–163; A. Taracha, Glosa do wyroku SN z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02, WPP 2004, nr 1, s. 154–159.

¹⁹ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, LEX nr 568537; wyrok SN z dnia 11 października 1976 r., sygn. II KR 252/76, OSNPG 1977, nr 2, poz. 17; wyrok SA w Warszawie z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. II AKa 355/13, LEX nr 1396982; zob. także: D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2016, s. 375; A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2016, s. 462–463.

funkcjonariusze policji mogliby się dowiedzieć wykonując czynności służbowe w sprawie, a zwłaszcza uczestnicząc w przesłuchaniu osób, które wcześniej rozpytywali. Wydaje się jednak, że nie można zdyskredytować takich zeznań, jeżeli funkcjonariusze policji brali udział w jakichś czynnościach w danej sprawie, ale nie wiązały się one z przeprowadzeniem przesłuchań i były pozbawione kontaktów ze źródłami dowodowymi, o których mieliby zeznawać, np. dokonywali przeszukania czy uczestniczyli w zatrzymaniu innych podejrzanych, których czyny nie pozostają w związku z czynem osoby rozpytanej. W każdym takim przypadku należy jednak dokonywać oceny *in concreto*, tj. czy i jakie ewentualnie czynności oprócz rozpytania wykonywał w danej sprawie określony funkcjonariusz policji oraz czy mogłyby one prowadzić do poznania zeznań osoby, którą wcześniej rozpytywał. Po spełnieniu tych przesłanek zeznania rozpytującego uprzednio policjanta na okoliczność treści wypowiedzi rozpytywanego, nie powinny stanowić dowodu.

Argumentem przeciwstawiającym się eliminowaniu zeznań funkcjonariusza dokonującego rozpytania jako podstawy ustaleń faktycznych jest też i to, że ilekroć ustawodawca chciał wyłączyć dopuszczalność określonego dowodu, to uczynił to *expressis verbis* w ustawie. Art. 199 k.p.k. stanowi, że złożone wobec biegłego lub lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że chodzi o stronę procesu, czyli oskarżonego, a nie obejmuje osoby podejrzanej. Należy jednak zauważyć, że różnorodnym badaniom może być poddana również osoba podejrzana (art. 74 § 3 k.p.k.), np. na miejscu wypadku drogowego. Wyłączenie jej oświadczeń dotyczących czynu, następnie formalnie jej zarzucanego, z kręgu zakazu dowodowego z art. 199 k.p.k., stanowiłoby obejście tej normy prawnej. Przyjmuje się zarazem, że chodzi o oświadczenia skierowane nie tylko bezpośrednio do biegłego lub lekarza, lecz także w obecności osób, których obecność czy wykonywane działania są immanentnie związane z działaniem podmiotów wymienionych w przepisie, np. kierowca karetki, pielęgniarz²⁰. Tymczasem żaden przepis ustawy nie obejmuje swym zakresem funkcjonariuszy policji lub innych organów ścigania. Trudno też zakładać, że ich pominięcie stanowi następstwo przeoczenia ustawodawcy, tym bardziej że zdecydowanie częściej w praktyce występują przypadki pozyskiwania wiedzy od osób na miejscu zdarzenia przez policjantów, i tym samym pojawia się kwestia możliwości jej dowodowego prze-
transponowania na potrzeby procesu karnego, niż przez biegłych czy lekarzy. Jeżeli oświadczenie osoby podejrzanej byłoby skierowane wobec lekarza, lecz na tyle donośnie, iż usłyszałby je przypadkowy przechodzień i stojący obok niego policjant, to nie budzi wątpliwości, że oba ostatnio wskazane

²⁰ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego, s. 706–707.

podmioty mogą zostać przesłuchane jako tzw. świadkowie ze słuchu. Skoro ustawodawca nie przewidział zakazu przesłuchania policjanta we wskazanym układzie procesowym, to brak jest przekonujących powodów na wywieńdzenie odmiennej woli ustawodawcy.

Z art. 391 § 2 k.p.k. w zw. z art. 389 § 1 k.p.k. wynika niedopuszczalność wykorzystania przy przesłuchaniu oskarżonego oświadczeń tej osoby złożonych uprzednio w charakterze świadka²¹ i to niezależnie od tego, czy treść zeznań zawartych w protokole byłaby dla tej osoby korzystna czy niekorzystna²². Ten zakaz dowodowy wiąże się z możliwą zmianą ról procesowych w postępowaniach ze sobą powiązanych. Ustawodawca sprecyzował, jakiego rodzaju supozycje nie mogą być wykorzystane w związku z realizacją prawa do obrony. Nie uczynił tak jednak w przypadku zmiany sytuacji procesowej osoby podejrzanej, która stała się następnie podejrzanym. Oczywiście jest, że osoba podejrzana może składać zeznania jako świadek, ale wówczas obowiązuje wskazany zakaz po zmianie roli procesowej i przedstawieniu tej osobie zarzutów popełnienia przestępstwa (art. 313 § 1 k.p.k.). Mowa jest jednak o czynności procesowej w postaci przesłuchania – świadka i oskarżonego. Zakaz dowodowy nie obejmuje zatem innej konfiguracji, czyli nie zabrania odtwarzania oświadczeń osoby podejrzanej złożonej wobec określonych osób (z wyjątkiem art. 199 k.p.k.) po zmianie statusu procesowego na podejrzanego, a następnie oskarżonego.

Nie sposób zgodzić się z argumentem, przemawiającym jakoby przeciwko możliwości przesłuchania funkcjonariusza policji, który uzyskał wiedzę na miejscu zdarzenia od osoby podejrzanej, że zastępowanie dowodu z wyjaśnień oskarżonego czy zeznań świadka zeznaniami osoby go przesłuchującej jest niedopuszczalne, gdyż protokół pełni rolę gwarancyjną. Relacja osoby przesłuchującej nie zapewnia wiernego odtworzenia treści złożonych wyjaśnień lub zeznań, nie jest też wolna od subiektywizmu²³. Podkreślić należy, że w rozważanym problemie nie ma mowy o „zastępowaniu” wyjaśnień czy zeznań zeznaniami osoby przesłuchującej, ponieważ ta ostatnia nikogo nie przesłuchuje w ramach czynności rozpytania. Z art. 174 k.p.k. wynika zakaz substytuowania wyjaśnień i zeznań treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych, ale odnosi się on do „wyjaśnień” i „zeznań, czyli czynności pro-

²¹ Por. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 460–461; T. Nowak, *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 170; uchwała SN z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 212/91, OSNKW 1991, nr 10–12, poz. 46; uchwała SN z dnia 22 października 1992 r., sygn. I KZP 42/91, OSNKW 1992, nr 5–6, poz. 35; postanowienie SN z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. IV KKN 13/02, LEX nr 53058.

²² R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 708; odmiennie: wyrok SA w Katowicach z dnia 28 września 2000 r., sygn. II AKa 133/00, KZS 2000, nr 11, poz. 44.

²³ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 389/12, LEX nr 1254584.

tokołowanych”²⁴. Istotą tego zakazu jest zabezpieczenie, aby organ procesowy nie opierał się na tych dokumentach w miejsce wskazanych środków dowodowych. *Ratio legis* art. 174 k.p.k. jest zapewnienie określonych warunków formalnych, gwarantujących należytą ochronę prawną osób przesłuchiwanych, a jednocześnie bezstronność i obiektywizm przebiegu czynności, z zapewnieniem możliwości kontroli ich legalności²⁵. Wskazany przepis nie zabrania wykorzystania obok wyjaśnień np. zeznań osób, które uzyskały informacje w wyniku rozpytania osoby, przesłuchanej następnie w charakterze podejrzanego czy świadka. Do zastępowania wyjaśnień lub zeznań doszłoby też w razie przesłuchania funkcjonariusza dokonującego formalnego przesłuchania na okoliczność treści składanych w czasie przesłuchania wyjaśnień albo zeznań. Charakteru takiego natomiast nie ma relacja funkcjonariusza o przebiegu przeprowadzonych przez niego czynności na miejscu przestępstwa, których element stanowią spontaniczne wypowiedzi osoby, wobec której zostało dokonane rozpytanie²⁶. Prawdą jest, że odtworzenie przekazywanych treści rodzi niebezpieczeństwo przekształceń, przeinaczeń i nie jest wolne od subiektywizmu odbiorcy. Problem ten jednak nie dotyczy wyłącznie funkcjonariuszy policji dokonujących czynności rozpytania, lecz w mniejszym czy większym stopniu występuje w procesie przekazu informacji przez każdego człowieka, bez względu na jego rolę procesową. Wydaje się, że akurat w przypadku funkcjonariuszy organów ścigania może on być i tak relatywnie mniejszy wobec wymogu zachowania obiektywizmu, profesjonalizmu, ale i uwzględniając doświadczenie zawodowe, co skutkuje mniejszym wpływem emocji determinowanym spotykaniem się z analogicznymi sytuacjami w codziennej pracy zawodowej.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko, że tylko, gdy wyjaśnienia oskarżonego czy zeznania świadka korespondują z treścią uprzedniego rozpytania, to zeznania funkcjonariusza policji mogą stanowić dowód w sprawie i być podstawą ustaleń faktycznych, ponieważ wtedy pełniłyby funkcję weryfikacyjną dla wyjaśnień albo zeznań²⁷. *A contrario*, nie można byłoby odmówić wiary wyjaśnieniom albo zeznaniom i dokonać ustaleń faktycznych odmiennych w oparciu o zeznania funkcjonariusza policji, który posiadał wiedzę

²⁴ Wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2016 r., sygn. V KK 354/15, LEX nr 2046366.

²⁵ Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 294.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 4 maja 2016 r., sygn. III KK 334/15, LEX nr 2016030; postanowienie SN z dnia 30 czerwca 2015 r., V KK 141/15, LEX nr 1781768; postanowienie SN z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. IV KKN 13/02, LEX nr 53058; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, LEX nr 568537; L. K. Paprzycki, (w:) L. Paprzycki (red.) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, t. I., s. 592.

²⁷ A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 462; M. Kurowski (w:) *Kodeks postępowania karnego...*, s. 602; postanowienie SN z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 183/06, OSBwSK 2007, nr 1, poz. 487.

z czynności rozpytania osoby podejrzanej albo świadka. Zwolennicy takiego stanowiska uzasadniają to tym, że w przeciwnym wypadku byłoby to usankcjonowanie nieformalnie przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień lub z zeznań, w sytuacji gdy jego przeprowadzenie w formie określonej przez prawo dowodowe jest bezwzględnie wymagane jako podstawa prawna rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Raz jeszcze należy podkreślić, że czynność rozpytania nie jest żadną nieformalną formą przesłuchania i przeprowadzenia dowodu czy to z wyjaśnień czy z zeznań. Jest to czynność operacyjna, która nie podlega protokołowaniu i nie służy przeprowadzeniu jakiegokolwiek dowodu, dlatego podnoszone argumenty uzasadniające niedopuszczalność oparcia się na zeznaniach funkcjonariusza policji, w razie ich sprzeczności z wyjaśnieniami czy z zeznaniami uprzednio rozpytanej osoby, nie są trafne.

Aprobata dla możliwości przesłuchania funkcjonariuszy policji na okoliczność informacji uzyskanych w ramach czynności rozpytania nie oznacza prymatu tych zeznań, z punktu widzenia wiarygodności, w stosunku do innych dowodów. Odtworzenie czyichś wypowiedzi jest bowiem trudne i niesie ze sobą ryzyko przekłamań, ale nie oznacza zakazu przesłuchiwania takich świadków. To, które z uzyskanych dowodów, w razie rozbieżności w ich treści, zasługują na uznanie za zgodne z rzeczywistością, należy jednak do sfery oceny dowodów w oparciu o zasadę swobodnej oceny dowodów.

Należy zaznaczyć, że w istocie trudno byłoby mówić o rzetelnej weryfikującej roli zeznań funkcjonariusza policji, jeżeli zawsze priorytet miałyby wyjaśnienia oskarżonego czy zeznania świadka i nie można byłoby oprzeć się na zeznaniach świadka – policjanta, jeżeli nie znajdowałyby one odzwierciedlenia w wyjaśnieniach oskarżonego. W procesie karnym brak jest podstaw do klasyfikowania dowodów na „lepsze” i „gorsze”. Każdy dowód ma być oceniany zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) i z respektowaniem zakazów dowodowych, m.in. z art. 174 k.p.k. Przyjmując krytykowany kierunek wykładni, w praktyce musiałoby dojść do uniewinnienia oskarżonego w sytuacji, gdy np. oskarżony przyznał się do popełnienia zabójstwa przybyłemu na miejsce zdarzenia patrolowi policji, a miejsce to, przed przybyciem policji, zostało dokładnie wysprzątane i brak jest dowodów sprawstwa nadających się do identyfikacji sprawcy, drugi z osobników oświadcza, że spał i nic w sprawie nie wie, natomiast w toku procesu oskarżony nie przyznał się do popełnienia zarzucanego czynu i odmówił składania wyjaśnień. Wydaje się, że także ze względów pragmatycznych i sprawiedliwościowych rozwiązanie takiego nie można zaaprobować.

Zasada swobodnej oceny dowodów jest jedną z ważnych gwarancji realizacji zasady prawdy materialnej. Tylko przy pozostawieniu sędziemu możliwości swobodnego wyciągania logicznych wniosków na kanwie konkretnego materiału dowodowego istnieją warunki sprzyjające dokonywaniu prawdzi-

wych ustaleń. Wszelkie aprioryczne normy oceny dowodów prowadzić muszą z konieczności do prawdy formalnej²⁸.

Akceptacja aposteriorycznej oceny dowodów jest możliwa wyłącznie, gdy konkretny przepis ustawy tak stanowi i statuuje np. zakaz dowodowy. W świetle powyższego uznanie, że zeznania funkcjonariuszy policji, przesłuchanych na okoliczność treści uzyskanych informacji w ramach czynności rozpytania, mogą stanowić dowód w sprawie tylko pod warunkiem potwierdzenia wyjaśnień oskarżonego albo zeznań świadka, jest przykładem niedopuszczalnego różnicowania dowodów w oparciu o aposterioryczną ich ocenę, która nie znajduje żadnego umocowania w treści ustawy. Brak też jest przesłanek natury aksjologicznej uzasadniających twierdzenie, że przyjęcie odmiennych zapatrywań będzie prowadziło do naruszenia gwarancji procesowych i standardów rzetelnego procesu.

Importance of a police officer's testimony based on preliminary questioning

Abstract

This contribution touches upon the admissibility, in the course of proceedings, of interrogations conducted with law enforcement officers as to information they obtained at a scene from people subsequently obtaining a status of accused persons. Preliminary questioning is considered an operational activity and not an interrogation; therefore, no statement made by such people to a police officer is subject to protection under regulations such as Article 186, § 1 of the Code of Criminal Procedure. In preliminary questioning, a suspect is not a party to preliminary proceedings and, as such, does not exercise rights and responsibilities of an accused person. The content of all statements made by such person may be generally reproduced as they are not made in consequence of procedural steps taken towards such person.

²⁸ M. Cieślak, Polska procedura karna, Warszawa 1971, s. 348.

GLOSY

Hanna Kuczyńska

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2016 r., sygn. III KK 230/16¹

Streszczenie

Z zasady subsydiarności, określonej w art. 615 § 2 k.p.k., wynika, że art. 590 § 1 k.p.k. nie znajduje zastosowania do przejęcia ścigania karnego z Republiki Czeskiej, którego podstawą jest Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną, podpisana w Warszawie dnia 21 grudnia 1987 r. (Dz. U. z 1989 r., Nr 39, poz. 210), zmieniona i uzupełniona Umową sporządzoną dnia 30 października 2003 r. w Mojmirovicach między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeską (Dz. U. z 2005 r., Nr 222, poz. 1911). Zatem, dla prowadzenia przejętego postępowania karnego o czyn popełniony na terytorium Republiki Czeskiej nie jest wymagane przyjęcie przez Ministra Sprawiedliwości wniosku o przekazanie ścigania karnego, a wystarczające jest, że wniosek taki przyjęła jakakolwiek jednostka prokuratury (art. 3 ust. 1 tej umowy).

W dniu 20 października 2016 r. Sąd Najwyższy wydał orzeczenie na gruncie obowiązujących od 1997 r. przepisów rozdziału 63 kodeksu postępowania karnego, dotyczące procedury przejęcia ścigania. Jest to też ważny głos w dyskusji toczącej się w doktrynie i orzecznictwie na temat zasad i granic stosowania zasady subsydiarności. Przyjął mianowicie, że jeśli umowa międzynarodowa reguluje w sposób kompleksowy współpracę w przedmiocie przejęcia ścigania karnego, a w szczególności wskazuje organ odpowiedzialny za podjęcie decyzji o przejęciu ścigania, to oznacza to, że, zgodnie z zasadą subsydiarności (wyrażoną w art. 615

¹ OSNKW 2017, nr 1, poz. 6.

§ 2 k.p.k.), nie ma w takim wypadku zastosowania art. 590 § 1 k.p.k., a tym samym dla przejęcia ścigania nie jest wymagane wydanie przez Ministra Sprawiedliwości rozstrzygnięcia o przejęciu ścigania.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na gruncie umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną, o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, podpisanej w Warszawie dnia 21 grudnia 1987 r. (Dz. U. z 1989 r., Nr 39, poz. 210), zmienionej i uzupełnionej umową sporządzoną dnia 30 października 2003 r. w Mojmirovicach między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeską (Dz. U. z 2005 r., Nr 222, poz. 1911). Zapadło zaś w następującej sytuacji faktycznej: czeski prokurator wystąpił do Prokuratury Generalnej w Polsce z wnioskiem o przejęcie ścigania w sprawie dotyczącej wypadku komunikacyjnego z udziałem obywatela polskiego Z. M., do którego doszło na terytorium Republiki Czeskiej w dniu 2 lipca 2012 r. Wniosek ten został przekazany Prokuraturze Rejonowej w S., której prokurator wszczął postępowanie przygotowawcze. Po jego zakończeniu skierował do Sądu Rejonowego w S. akt oskarżenia przeciwko Z. M. o popełnienie przestępstwa z art. 177 § 2 k.k. Tymczasem Sąd Rejonowy w S. stwierdził, że w danej sprawie konieczne było, zgodnie z art. 590 § 1 k.p.k., wydanie przez Ministra Sprawiedliwości zezwolenia na ściganie oskarżonego. W rezultacie przyjęcia takiego zapatrywania Sąd ten, postanowieniem z 18 listopada 2015 r., umorzył postępowanie w tej sprawie, stwierdzając, że wystąpiła ujemna przesłanka procesowa z art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. Sąd Okręgowy w G., po rozpoznaniu w dniu 30 grudnia 2015 r. zażalenia prokuratora, utrzymał w mocy to orzeczenie. Od prawomocnego postanowienia Sądu Okręgowego w G. kasację na niekorzyść oskarżonego złożył Minister Sprawiedliwości. W kasacji tej podniósł zarzut rażącego i mającego istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia art. 3 ust. 1 oraz art. 59 ust. 1, 1a i 3 wskazanej wyżej umowy międzynarodowej, a także art. 615 § 2 k.p.k. Zdaniem Ministra Sprawiedliwości w niniejszej sprawie nie było niezbędne dla prowadzenia postępowania karnego przeciwko obywatelowi polskiemu Z. M. o czyn popełniony na terenie Republiki Czeskiej wydanie przez Ministra Sprawiedliwości, w trybie art. 590 § 1 k.p.k., rozstrzygnięcia o przejęciu wniosku o przekazanie ścigania. W przepisach wskazanej umowy przewidziano bowiem bezpośredni tryb porozumiewania się w sprawach dotyczących przejęcia ścigania przez organy wymiaru sprawiedliwości umawiających się państw. Sąd Najwyższy zgodził się z poglądem wyrażonym przez Ministra Sprawiedliwości – uznając kasację za zasadną – uznał, że ewidentnie błędnym postąpieniem było wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania wobec Z. M. na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. W rezultacie doszło do rażącego i mającego istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia przepisów prawa wskazanych w kasacji

(art. 523 § 1 k.p.k.); dlatego też Sąd Najwyższy uchylił postanowienia Sądów obu instancji i przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu w S. do rozpoznania (art. 537 § 2 k.p.k.) – lecz nie do rozpoznania ponownego, uznając, że do rozpoznania sprawy w ogóle nie doszło.

W tej sprawie istotne znaczenie miało zakreślenie właściwych podstaw prawnych do przeprowadzenia postępowania w sprawie przejęcia ścigania. Procedura przekazania/przejęcia ścigania może się opierać na dwóch szczeblach legislacji: umowach międzynarodowych, czy to przyjętych w ramach ONZ czy w ramach Rady Europy, czy też dwu- lub wielostronnych, oraz przepisach kodeksu postępowania karnego. Z zasady pierwszeństwa postanowień umowy międzynarodowej wynika, że zawsze, gdy mamy do czynienia z przekazaniem lub przejęciem ścigania należy w pierwszej kolejności sprawdzić, czy nie funkcjonuje w obrocie prawnym umowa międzynarodowa regulująca tę procedurę we współpracy z danym państwem. Polska nie ratyfikowała żadnej wielostronnej konwencji międzynarodowej regulującej kwestię przekazania i przejęcia ścigania. W szczególności nie ratyfikowała konwencji Rady Europy z dnia 15 maja 1972 r. o przekazywaniu ścigania w sprawach karnych², która odgrywa obecnie największą rolę w stosunkach między państwami członkami Rady Europy – ratyfikowało ją 25 państw Rady Europy³. Przejęcie ścigania nie zostało też uregulowane na szczeblu legislacji Unii Europejskiej, a w konsekwencji w polskiej ustawie brak szczególnych rozwiązań ustawodawczych, które mogłyby znaleźć zastosowanie w stosunkach z innymi państwami członkowskimi. Jeśli chodzi o współpracę między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, to dnia 6 listopada 1990 r. podpisane zostało porozumienie dotyczące przekazywania postępowań w sprawach karnych, jednak nie weszło w życie⁴. Kolejnym krokiem na drodze rozwoju wspólnego obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej miało być przyjęcie decyzji ramowej dotyczącej przekazywania postępowań w sprawach karnych⁵. Zgodnie z projektem decyzja ramowa dotycząca przekazywania postępowań w sprawach karnych miała wprowadzić wspólne zasady regulujące warunki przekazywania postępowań karnych wszczętych w jednym państwie człon-

² ETS nr 073.

³ Tabela ratyfikacji na stronach: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/073/signatures?p_auth=IJIT5gWz (dostęp w dniu 19 września 2016 r.). Polska konwencję podpisała dnia 28 maja 1970 r., jednak nie doszło do ratyfikacji.

⁴ Treść porozumienia, (w:) G. Vermeulen, *Essential Texts on International and European Criminal Law*, Maklu 2005, s. 117 i n.

⁵ „Inicjatywa Królestwa Belgii, Republiki Bułgarii, Republiki Czeskiej, Królestwa Danii, Republiki Estońskiej, Republiki Greckiej, Królestwa Hiszpanii, Republiki Francuskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Węgierskiej, Królestwa Niderlandów, Republiki Rumunii, Republiki Słowenii, Republiki Słowackiej i Królestwa Szwecji w sprawie decyzji ramowej Rady 2009/.../WSiSW z dnia ... dotyczącej przekazywania postępowań w sprawach karnych”, Dz. Urz. UE C 219/7 z dnia 12 września 2009.

kowskim do innego państwa członkowskiego. Decyzja ramowa miała zastąpić konwencję z 1972 r. w stosunkach między państwami członkowskimi UE, jednak ostatecznie nie weszła w życie. Przyjęto natomiast mechanizmy zapobiegania konfliktom jurysdykcji w decyzji ramowej Rady 2009/948/WSiSW z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie zapobiegania konfliktom jurysdykcji w postępowaniu karnym i w sprawie rozstrzygania takich konfliktów⁶, która została implementowana do rozdziału 63 k.p.k. kodeksu postępowania karnego, w przepisach art. 592a do art. 592f k.p.k.⁷

W rezultacie zasadniczą rolę w obrocie międzynarodowym odgrywają umowy dwustronne⁸. Postanowienia dotyczące przekazania i przejęcia ścigania wymienione są najczęściej jako jeden z rodzajów współpracy międzynarodowej w sprawach karnych, do której zobowiązują się państwa sygnatariusze. Taka sytuacja ma też miejsce w przypadku umowy z Republiką Czeską. Jeśli chodzi o poziom regulacji w kodeksie postępowania karnego, to współpraca w sprawach dotyczących przekazywania i przejmowania ścigania opiera się na rozdziale 63 kodeksu postępowania karnego. Art. 590 k.p.k. reguluje kwestię przejęcia ścigania – tzn. przejęcia sprawy do prowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – a także wyznacza przesłanki, które warunkują możliwość przejęcia ścigania, natomiast art. 591 k.p.k. ustanawia procedurę przekazywania postępowania do prowadzenia do innego państwa.

W niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z przejęciem ścigania, czyli to państwo obce, które wszczęło postępowanie, przekazało materiały sprawy i umożliwiło tym samym zrealizowanie swojej jurysdykcji Rzeczypospolitej Polskiej, która efektywniej mogła – zdaniem obu państw – wykonać w danej sprawie swoje *ius puniendi*. W tym przypadku uznano więc, że przesłanką decydującą o zasadności prowadzenia postępowania w Polsce powinno być obywatelstwo sprawcy. Zresztą przyjmuje się w doktrynie, że właśnie taka sytuacja jest typowa dla procedury przejęcia ścigania. Tytułem przykładu, S. Steinborn zakłada, że instytucja przejęcia ścigania polega na zaniechaniu ścigania przestępstwa przez państwo, na którego terytorium zostało ono popełnione przez cudzoziemca i przekazaniu tej sprawy do dalszego prowadzenia przez państwo, którego obywatelem jest ten cudzoziemiec lub w którym ma stałe miejsce zamieszkania. Państwo podejmie zwykle decyzję

⁶ Dz. Urz. UE L 328/42 z dnia 15 grudnia 2009 r.

⁷ Zob. problematykę omówioną w: H. Kuczyńska, Przejęcie ścigania, (w:) L. K. Paprzycki (red.), System Prawa Karnego Procesowego Tom XVII – Współpraca międzynarodowa w sprawach karnych, w druku.

⁸ Zob. lista tych umów wyliczona w: S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2010, s. 667–670, a także: G. Jaworski, A. Sołtyśńska, Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych, Warszawa 2010, s. 149–150, a także: B. Nita-Światłowska, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1460–1461.

o przekazaniu ścigania do tego państwa, gdy nie jest możliwe lub celowe wydanie do niego tej osoby, przeciwko której toczy się postępowanie karne z państwa jej obywatelstwa/miejsca zamieszkania (np. w drodze ekstradycji)⁹.

W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy przyjął w postanowieniu, że umowa międzynarodowa reguluje „w sposób kompleksowy współpracę w przedmiocie przejęcia ścigania karnego, a to oznacza, że zgodnie z zasadą subsydiarności (art. 615 § 2 k.p.k.), nie ma w takim wypadku zastosowania art. 590 § 1 k.p.k.” Uznał w konsekwencji, że istnienie przepisów umowy międzynarodowej wyłącza możliwość zastosowania ustawy krajowej w całości. Na tle tezy postawionej w tym postanowieniu konieczne jest przedstawienie rozważań dotyczących zakresu funkcjonowania zasady subsydiarności, z których wynika, że drugie twierdzenie Sądu Najwyższego („nie ma w takim wypadku zastosowania art. 590 § 1 k.p.k.”) nie wynika z twierdzenia pierwszego („umowa międzynarodowa reguluje w sposób kompleksowy współpracę w przedmiocie przejęcia ścigania karnego”), a raczej na odwrót, a co więcej, twierdzenie o kompleksowym charakterze regulacji instytucji przejęcia ścigania jest jedynie założeniem ogólnym, od którego istnieją pewne wyjątki, które sprawiają, że i w przypadku stosowania tej instytucji w stosunkach między Republiką Czeską a Rzeczypospolitą Polską możliwe jest subsydiarne stosowanie ustawy polskiej. Co więcej, nie można zapominać, że art. 590 § 1 k.p.k. reguluje nie tylko kompetencję Ministra Sprawiedliwości do podjęcia wiążącej decyzji o przejęciu ścigania, ale też inne kwestie; każdą z nich powinno się zbadać osobno w celu ustalenia, czy umowa międzynarodowa ją reguluje i czy – w takim przypadku – czyni to odmiennie niż ustawa polska.

Zgodnie z zasadą subsydiarności prawa karnego krajowego, wyrażoną w Kodeksie postępowania karnego w art. 615 § 2, przepisów samego kodeksu nie stosuje się, jeżeli umowa międzynarodowa, której Rzeczypospolita Polska jest stroną, albo akt prawny regulujący działanie międzynarodowego trybunału karnego, stanowi inaczej. Wprowadzenie tego przepisu do k.p.k. było konieczne w świetle art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Ta dwoistość źródeł prawa musi się wiązać z wprowadzeniem określonych zasad ich koegzystencji. Nie można bowiem całkowicie zignorować postanowień ustawy krajowej – nawet w przypadku, gdy istnieje umowa międzynarodowa regulująca daną dziedzinę współpracy w sprawach karnych. W doktrynie przyjmuje się – próbując zaprezentować zasadę o pewnym stopniu ogólności – że w przypadku regulacji procedury przejęcia ścigania mamy do czynienia – podobnie, jak w przypadku innych rodzajów współpracy międzynarodowej w sprawach karnych – z sytuacją, w której zobowiązanie do współpracy

⁹ S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks, s. 670.

oraz zasady dopuszczalności wykonywania wniosku opierają się na umowie międzynarodowej, natomiast samo wykonywanie wniosków o współpracę przez organy krajowe regulowane jest zwykle w postanowieniach ustawy krajowej, w tym przypadku k.p.k. Ustawa krajowa ustala więc normy o charakterze głównie organizacyjnym, określając sposób procedowania po wpłynięciu wniosku państwa obcego, wymagania formalne czynności procesowych, dopuszczalność postępowania odwoławczego¹⁰. Jednak nie zawsze taka oczywista sytuacja będzie miała miejsce. Kluczowe dla rozważań o zastosowaniu zasady subsydiarności w przypadku umów międzynarodowych regulujących współpracę w sprawach karnych jest wyznaczenie zakresu jej stosowania.

Tymczasem zasada subsydiarności nie ma ściśle określonych – czy to w ustawie, czy w doktrynie – granic oddziaływania. Nie zawsze bowiem sytuacja jest tak prosta, by umowa międzynarodowa regulowała wszystkie kwestie istotne dla współpracy i tym samym wyłączała w całości przepisy ustawy krajowej. Z pewnością umowa międzynarodowa może wyłączać zastosowanie przepisów krajowych w całości, jeżeli dana forma współpracy jest w niej uregulowana w sposób kompleksowy – na takim stanowisku konsekwentnie stoi Sąd Najwyższy¹¹. Z drugiej strony subsydiarność przepisów prawa krajowego nie ogranicza się tylko do przypadków, gdy brak w ogóle umowy międzynarodowej. Możliwe jest to także wówczas, gdy traktat istnieje. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, gdy umowa międzynarodowa reguluje daną kwestię jedynie w części – wówczas stosuje się ustawę krajową w tym zakresie, którego umowa nie reguluje. Tak więc w sytuacji, w której umowa wprowadzie istnieje, jednak pewnych zagadnień nie reguluje w sposób wystarczająco szczegółowy, stosowanie przepisów krajowych nie jest całkowicie wyłączone, dotyczy jednak wąskiego spektrum spraw. Jeśli istnieją luki i regulacja zawarta w umowie międzynarodowej nie jest całkowita, sąd polski ma obowiązek stosować te przepisy prawa krajowego, które się do tej kwestii odnoszą.

Jednak – jak podnosi się w doktrynie – stosowanie przepisów ustawy krajowej w razie braku odpowiedniego unormowania w umowie międzynarodowej nie powinno być dokonywane w sposób automatyczny¹². Może się bowiem zdarzyć, że w umowie celowo zostanie pominięta jakaś kwestia. W takiej sytuacji nie można stosować przepisów prawa krajowego. Subsidiarne stosowanie prawa krajowego jest więc możliwe dopiero wówczas, gdy jest możliwe

¹⁰ S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks, s. 1241.

¹¹ Tak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 września 1997 r., sygn. I KZP 14/97, OSNKW 1997, nr 11–12, poz. 94 oraz postanowieniu z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. IV KK 461/08, Prokuratura i Prawo 2009, nr 11–12, poz. 22, s. 12.

¹² Tak: M. Płachta, (w:) J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, Kraków 2003, s. 697; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 468–682. Tom III, Warszawa 2012, s. 1083; S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks, s. 1241.

stwierdzenie, że dana kwestia nie została pominięta celowo, „na zasadzie unormowania negatywnego”¹³. Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym przez M. Płachtę, w opinii którego miarodajne powinno być nie samo stwierdzenie luki w umowie, ale ustalenie woli państw, by danej kwestii nie uregulować – czyli w domyśle pozostawić ją w gestii legislatora krajowego. M. Płachta jako przykład podaje kwestię zgody skazanego na przekazanie. Z reguły brak wyraźnego przepisu w umowie międzynarodowej oznacza, że przekazanie nie jest uzależnione od woli skazanego. W tej sytuacji – jak wskazuje Autor – państwo nie może powołać się na brak zgody skazanego jako przesłankę odmowy przekazania skazanego, nawet jeśli taką przesłankę przewiduje ustawodawstwo krajowe, uzależniając przekazanie od zgody skazanego. Wyrażane były także poglądy odmienne – zdaniem L. Gardockiego zastosowanie przepisów działu XIII k.p.k. może nastąpić tylko pod warunkiem, że umowa nie zawiera w tym zakresie wyraźnego zakazu, a zastosowanie przepisów k.p.k. nie zmniejsza w porównaniu z postanowieniami umowy uprawnień osoby oskarżonej/skazanej¹⁴. Teza ta została – słusznie – skrytykowana przez M. Płachtę, który uznał ją za „ryzykowną”¹⁵. Punktem wyjścia dla oceny zakresu stosowania postanowień ustawy krajowej powinna być bowiem zawsze wola sygnatariuszy umowy międzynarodowej. Tworzenie w doktrynie własnych przesłanek uzasadniających odstępianie od treści umowy – dosłownej, czy wyinterpretowanej – stanowi wkraczanie na „niebezpieczne wody”¹⁶. Dla zakresu stosowania postanowień umowy międzynarodowej nie powinna mieć znaczenia poprawa czy pogorszenie sytuacji skazanego/oskarżonego, gdyż nie jest dopuszczalne zawężanie na takiej podstawie mocy prawnej traktatu – chyba, że sam traktat procedowanie zgodnie z taką przesłanką dopuszcza.

W przypadku umowy między Republiką Czeską a Rzeczpospolitą Polską powstaje pytanie, czy współpraca w zakresie przejęcia ścigania w istocie została uregulowana w sposób kompleksowy. W art. 3 ust. 1 umowy uzgodniono, że organy wymiaru sprawiedliwości Polski i Czech co do zasady porozumiewają się ze sobą bezpośrednio. Umowa polsko-czeska w aktualnej postaci nie wprowadza przesłanki odmowy przejęcia ścigania karnego – które to przesłanki zostały wprowadzone do art. 59 ustępem 1a – w postaci rozstrzygnięcia organu centralnego. W pierwotnej wersji umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną, o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, podpisanej w Warszawie dnia 21 grudnia

¹³ S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks, s. 1241.

¹⁴ L. Gardocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2004, s. 908.

¹⁵ M. Płachta, (w:) J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks, s. 698.

¹⁶ *Ibidem*.

1987 r., art. 3 stanowił, że w sprawach objętych niniejszą umową organy wymiaru sprawiedliwości umawiających się stron porozumiewają się ze sobą bezpośrednio, chyba że niniejsza umowa stanowi inaczej. W pkt 3 art. 3 w istocie, umowa ta stanowiła inaczej, przyjmując, że „w sprawach o przejęcie ścigania karnego (...) organy wymiaru sprawiedliwości Umawiających się Stron porozumiewają się ze sobą za pośrednictwem organów centralnych. Organy centralne mogą uzgodnić, że w sprawach o przejęcie ścigania karnego określone sądy i prokuratury Umawiających się Stron porozumiewają się ze sobą bezpośrednio”. Na mocy umowy między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Czeską o zmianie i uzupełnieniu powyższej umowy, sporządzonej dnia 30 października 2003 r. w Mojmirovcach wprowadzono zmiany polegające na tym, że skreślono ustęp 3 w art. 3. W rezultacie, kwestia porozumiewania się organów została uregulowana odmiennie niż w k.p.k., co sprawia, że wyłączona jest w zakresie stosunków z tym państwem zasada centralizmu i możliwe jest przekazywanie wniosków o przejęcie ścigania między organami sądowymi¹⁷. Dlatego też decyzję w sprawie przejęcia ścigania podejmuje organ sądowy, a nie Minister Sprawiedliwości. W tym zakresie przepis art. 590 § 1 k.p.k. nie znajdzie zastosowania i zasada subsydiarnego stosowania ustawy polskiej też nie – co trafnie dostrzegł Sąd Najwyższy. Oznacza to, że wszystkie decyzje w przedmiocie przejęcia ścigania karnego umawiające się strony pozostawiły właściwym organom wymiaru sprawiedliwości, przez które rozumie się – jak stanowi art. 2 ust. 1 umowy – sądy i prokuratury. Jednak te postanowienia – na temat których wypowiadał się Sąd Najwyższy – nie są kompleksowe, a więc nie mogą prowadzić do wniosku, że przepisy k.p.k. dotyczące przejęcia ścigania w ogóle nie znajdują zastosowania. Uregulowanie kwestii porozumiewania się organów nie może być bowiem uznane za równoznaczne z uznaniem, że przepisy ustawy krajowej w ogóle nie mogą mieć zastosowania do całej procedury przejęcia ścigania z Republiki Czeskiej.

Największe wątpliwości zawsze budzi kwestia podstaw odmowy przejęcia ścigania (czy też w ogóle: wykonania wniosku o współpracę). Warto wspomnieć, że umowa polsko-czeska w tej kwestii jest jedyną umową dwustronną, która *expressis verbis* przewiduje podstawy odmowy przejęcia ścigania. Na mocy umowy zmieniającej umowę z 1987 r. dodano do art. 59 nowy ustęp 1a w następującym brzmieniu: „1a. Wezwana Umawiająca się Strona może odmówić ścigania karnego, jeżeli:

- a) uważa, że przestępstwo, którego dotyczy wniosek, jest przestępstwem o charakterze politycznym lub przestępstwem wyłącznie wojskowym,

¹⁷ P. Kołodziejcki, *Przejęcie i przekazanie ścigania*, (w:) S. Buczman, M. Hara, R. Kierzyńska, P. Kołodziejcki, A. Milewski, T. Ostropolski, *Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Komentarz do działu XIII k.p.k.*, Warszawa 2016, s. 285.

- b) uważa, że istnieją uzasadnione podstawy do przyjęcia, że złożenie wniosku jest spowodowane względami dotyczącymi rasy, wyznania, narodowości lub poglądów politycznych,
- c) wykonanie wniosku byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego wezwanej Umawiającej się Strony”.

Nie tylko podstawy odmowy przejęcia ścigania zostały ujęte wąsko, ale też należy je dodatkowo postrzegać w perspektywie zobowiązania wynikającego z art. 59 ust. 1 umowy – mianowicie w tym przepisie państwa zobowiązały się do ścigania karnego na wniosek drugiej umawiającej się strony swych obywateli (oraz cudzoziemców mających miejsce stałego pobytu na jej terytorium), podejrzanych o popełnienie przestępstwa na terytorium państwa wzywającego. Nie ulega wątpliwości, że ta umowa międzynarodowa kwestie podstaw odmowy przejęcia ścigania uregulowała w sposób kompleksowy. W konsekwencji nie mogą wchodzić w grę przesłanki ogólne uzasadniające odmowę przejęcia ścigania zawarte w art. 590 k.p.k. Dlatego też nie było konieczne – ani możliwe – badanie przez Ministra Sprawiedliwości, czy przejęcia ścigania w tej sprawie wymagał interes wymiaru sprawiedliwości. Po pierwsze, sprawa – zgodnie z założeniami umowy – w ogóle nie trafiła do rąk tego organu centralnego. Inny organ zaś nie ma możliwości – ani zgodnie z ustawą polską, ani też takie kompetencje nie wynikają z umowy – badać wystąpienia tej przesłanki. Po drugie, konieczność (obowiązek organu) badania tej przesłanki wynika z zastosowania przepisów kodeksu postępowania karnego – a to w niniejszej sprawie było – w tym zakresie – niemożliwe, skoro umowa w sposób kompleksowy uregulowała podstawy odmowy przejęcia ścigania. W konsekwencji również w tym zakresie nie znajdzie zastosowania art. 590 § 1 k.p.k. Co do zasady, nie znajdzie on również zastosowania w zakresie ustalania podmiotowego zakresu stosowania instytucji przejęcia ścigania – art. 59 umowy stanowi bowiem, że państwa zobowiązały się do ścigania karnego na wniosek drugiej umawiającej się strony swych obywateli oraz cudzoziemców mających miejsce stałego pobytu na jej terytorium. Dlatego też umowa nie powinna znaleźć zastosowania do przejęcia ścigania przeciwko osobie, która nie jest polskim obywatelem, ani nie ma tu miejsca zamieszkania, a jedynie odbywa lub będzie odbywać w Rzeczypospolitej Polskiej karę pozbawienia wolności, a także przeciwko osobie, przeciwko której zostało wszczęte w Rzeczypospolitej Polskiej postępowanie karne. Z drugiej strony można – teoretycznie – założyć, że art. 590 § 1 k.p.k. w tym zakresie może znaleźć zastosowanie; przecież umowa międzynarodowa ustanawia zobowiązanie do ścigania tych dwóch pierwszych kategorii osób, natomiast nie ustanawia zakazu przejęcia ścigania w innych przypadkach. W rezultacie, można założyć, że w przypadku tych dwóch ostatnich kategorii osób – o których mowa w ustawie, ale już nie w umowie – nic nie stoi na przeszkodzie, by państwa na zasadzie wzajemności zgodziły się przekazać/przejąć postępowanie.

Co do pozostałych kwestii, w przypadku których subsydiarne zastosowanie może znaleźć ustawa polska, to P. Kołodziejski podjął się zadania sporządzenia listy zagadnień dotyczących przejęcia ścigania, które w zakresie nieuregulowanym przez umowy międzynarodowe mogą być regulowane przez przepisy rozdziału 63 k.p.k.¹⁸. Są to w szczególności: traktowanie przejęcia ścigania za wszczęcie postępowania karnego według prawa polskiego (art. 590 § 2 k.p.k.); terminy w przypadku przekazania osoby tymczasowo aresztowanej (art. 590 § 3); zasady korzystania z dowodów zgromadzonych za granicą przekazanych wraz ze ściganym (art. 590 § 4); obowiązek zawiadomienia o zakończeniu postępowania karnego (art. 590 § 5). W istocie, umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeską żadnej w powyższych kwestii nie reguluje – oprócz obowiązku zawiadomienia o zakończeniu postępowania karnego, który to obowiązek wynika z art. 62 umowy. W konsekwencji, te przepisy k.p.k. znajdują zastosowanie do przejęcia ścigania. Subsidiarne stosowanie art. 590 § 2 k.p.k. umożliwia też stosowanie określonych zasad dotyczących instytucji przejęcia ścigania – jedną z tych zasad jest reguła, zgodnie z którą po przejęciu postępowania karnego nie kontynuuje się postępowania toczącego się w obcym państwie, ale rozpoczyna postępowanie od początku (co ma też konsekwencje dla instytucji przedawnienia ścigania)¹⁹. Dlatego też po przejęciu ścigania przez właściwy organ nie jest konieczne wydawanie postanowienia o wszczęciu postępowania karnego – wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że ten dokument jest zastąpiony przez decyzję o przejęciu ścigania²⁰. Decyzja ta wywołuje też wszystkie skutki prawne związane ze wszczęciem postępowania. W doktrynie przyjmuje się też, że datą wszczęcia tego postępowania jest data wydania przez Ministra Sprawiedliwości decyzji o przejęciu ścigania – w przypadku niniejszej umowy będzie to data podjęcia stosownej decyzji przez dany organ sądowy²¹. Zgodnie z inną regułą, osoba, przeciwko której postępowanie zostało przejęte z innego państwa odpowiada za swój czyn zgodnie z przepisami prawa polskiego. Dlatego też polskie organy ścigania nie są związane kwalifikacją prawną przyjętą przez organy państwa przekazującego ściganie i mogą wszcząć postępowanie w sprawie dotyczącej odmiennej kwalifikacji prawnej²². Jest to zresztą zgodne z założeniami tej

¹⁸ P. Kołodziejski, *Przejęcie i przekazanie*, s. 276 i 286.

¹⁹ M. Płachta, (w:) J. Grajewski (red.), *Kodeks*, s. 525–526; L. Gardocki, *Przejęcie (przekazanie) ścigania*, *Studia Prawnicze* 1977, s. 196; S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks*, s. 674.

²⁰ L. Gardocki w: J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks*, s. 908.

²¹ Zob. S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks*, s. 674.

²² Tak: E. Janczur, *Przejęcie i przekazanie ścigania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 5, s. 78 powołując się na opinię H. Stawryłło, *Podstawowe zagadnienia obrotu prawnego*

umowy – w art. 59 ust. 3 stanowi ona, że po przejęciu ścigania odbywa się ono na podstawie przepisów państwa wezwanego.

Co więcej, oprócz samych przepisów ustawy polskiej, które stosowane mogą być subsydiarnie, nie można zapominać o możliwości – a nawet obowiązku – stosowania wykładni konkretnych pojęć używanych w ustawie, które tradycyjnie stosuje się w doktrynie polskiej. Tytułem przykładu, obywatelstwo ustala się na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim²³. Tradycyjnie, w takim przypadku nie bierze się pod uwagę posiadania przez tę osobę innego niż polskie obywatelstwa, czy posiadania miejsca stałego pobytu w innym państwie²⁴. Natomiast pojęcie „cudzoziemiec mający miejsce stałego pobytu” na terytorium RP powinno być interpretowane per analogiam do sformułowania użytego w k.p.k., czyli „osoba mającą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stałe miejsce zamieszkania”. To pojęcie powinno się definiować – zgodnie z poglądami doktryny²⁵ – tak samo jak w przypadku wykładni art. 25 k.c., jako miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu, a nie jako miejsce zameldowania. Zdaniem Z. Gostyńskiego, nawet jeśli osoba ścigana nie przebywa w Polsce, np. z tego powodu, że została tymczasowo aresztowana w innym państwie, nie oznacza to, że nie ma ona stałego miejsca zamieszkania w Polsce²⁶. Dyskusyjne może być natomiast, czy konieczne jest również branie pod uwagę orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącego się do sposobu definiowania „miejsca stałego pobytu” – bo chociaż do przejęcia ścigania dochodzi w stosunkach między państwami członkowskimi UE, to przecież do tej sytuacji nie znajduje zastosowania prawo Unii Europejskiej.

Z powyższych ustaleń wynika, że zakres subsydiarności ustawy polskiej jest kwestią, która musi być badana w sposób kompleksowy – w stosunku do każdej umowy międzynarodowej odrębnie i każdego z postanowień tej umowy. W przypadku umowy polsko-czeskiej widać również, że wyrażenie przez Sąd Najwyższy poglądu o kompleksowym uregulowaniu współpracy w umowie międzynarodowej było twierdzeniem o dużym stopniu ogólności.

z zagranicą w sprawach karnych w postępowaniu przygotowawczym, „Problemy Praworządności” 1977, nr 5, s. 22. Ta konstrukcja stanowi konsekwencję obowiązywania „konceptji dwóch procesów” – zgodnie z którą w momencie przekazania przez jedno państwo ścigania i przejęcia go przez drugie nie ma możliwości uznania ważności podjętych w tym pierwszym państwie czynności procesowych (z pewnymi wyjątkami, np. możliwe jest zaliczenie okresu realnego pozbawienia wolności w tym państwie). L. Gardocki, Zarys prawa karnego międzynarodowego, Warszawa 1985, s. 201. Konceptja ta przeciwstawiana jest zasadzie „ciągłości postępowania”.

²³ Dz. U. z 2000 r., Nr 28, poz. 353 ze zm.

²⁴ M. Płachta, (w:) J. Grajewski (red.), Kodeks, s. 521; S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks, s. 671.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Z. Gostyński, Przekazanie i przejęcie ścigania karnego, (w:) A. Szwarc (red.), Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce. Materiały z konferencji w Poznaniu, Poznań 2000, s. 86.

W rzeczywistości, postanowienia umowy i ustawy krajowej uzupełniają się. Naturalnie, postanowienia umowy mają dużo większe znaczenie, lecz nie sprawia to, że przepisy ustawy w ogóle nie znajdują zastosowania. Stosuje się bowiem w tym przypadku ustawę w zakresie, którego umowa międzynarodowa nie reguluje, a stosowanie jej dotyczy kwestii organizacyjnych, odnoszących się do sposobu procedowania po wpłynięciu wniosku państwa obcego. Powinno się przy tym w każdym przypadku badać, czy dana kwestia w treści umowy międzynarodowej nie została pominięta celowo, czy też mamy do czynienia z luką w umowie; czy wolą państw było, by danej kwestii nie uregulować – czyli w domyśle pozostawić w gestii legislatora krajowego. Punktem wyjścia dla oceny zakresu stosowania postanowień ustawy krajowej powinna być bowiem zawsze wola sygnatariuszy umowy międzynarodowej²⁷. Zdecydowanie jednak trudniejsze może być ustalenie, jaka ta wola była. Z pewnością interpretacja umowy międzynarodowej powinna się odbywać zgodnie z regułami określonymi w prawie międzynarodowym (w tym w szczególności w Konwencji o prawie traktatów przyjętej w Wiedniu w dniu 23 maja 1969 r.)²⁸.

Na marginesie rozważań dotyczących niniejszej sprawy można dociekać, jaki dalszy tryb postępowania mógłby znaleźć zastosowanie, gdyby postanowienie Sądu odwoławczego nie zostało uchylone w trybie kasacji. Jednak w wyniku podjęcia tego rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy kwestia ta stała się zupełnie akademicka. Mianowicie, w takiej sytuacji postępowanie wszczęte w Czechach teoretycznie mogłoby się dalej toczyć – jurysdykcja do osądzenia sprawcy wypadku pozostaje bowiem nadal w Czechach. Umowa międzynarodowa w sprawie przekazania i przejęcia ścigania ustanawia podstawę do podziału kompetencji do realizacji własnej jurysdykcji karnej w zakresie czynów przestępnych dokonanych za granicą²⁹. Nie ustanawia zasad samej realizacji jurysdykcji, bowiem te zależą od zakresu jurysdykcji określonej w ustawie krajowej. Skierowanie wniosku o przejęcie ścigania nie może być bowiem uznane za równoznaczne ze zrzeczeniem się jurysdykcji³⁰. W rezultacie, Republika Czeska umożliwiła Rzeczypospolitej Polskiej „zrealizowanie swojej jurysdykcji”³¹ – a konkretnie, umożliwiła wyłączną realizację tej jurysdykcji – zrzekając

²⁷ M. Płachta, (w:) J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks, s. 698.

²⁸ Dz. U. z 1990 r., Nr 74, poz. 440, wiążąca w stosunku do Polski od dnia 2 lipca 1990 r. Zob. M. Hudzik, H. Kuczyńska, Głosa do postanowień Sądu Najwyższego 1) z dnia 11 lutego 2004 r., (sygn. III KK 304/03), 2) z dnia 26 maja 2004 r. (sygn. V KK 67/04), 3) z dnia 8 grudnia 2004 r. (sygn. V KK 344/04), Przegląd Sądowy 2005, nr 3, s. 108.

²⁹ A. Nevera, Przekazanie ścigania karnego – sposób realizacji karnej jurysdykcji państwa bądź odstąpienia od niej, Przegląd Prawa i Administracji, LXVI, Wrocław 2005, s. 154 powołując się na poglądy H. H. Jescheka i T. Weigenda, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s. 171.

³⁰ Zob. *per analogiam*: P. Kołodziejski, Przejęcie i przekazanie ścigania, s. 277.

³¹ A. Nevera, Przekazanie ścigania karnego, s. 152. Podobnie E. Janczur, Przejęcie i przekazanie, s. 70, który mówi o „ograniczeniu jurysdykcji w konkretnej sprawie”.

się wykonywania swojej kompetencji do osądzenia danej sprawy, a nie samej jurysdykcji³². Dodatkowo, warto pamiętać, że prawomocne orzeczenie kończące postępowanie wydane w tej sprawie w Polsce nie przesądza o niemożności ścigania sprawcy wypadku w Czechach, zgodnie z założeniami europejskiej zasady *ne bis in idem* (zob. art. 50 Karty Praw Podstawowych i art. 54 Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen). Ta zasada nie stoi bowiem na przeszkodzie prowadzeniu postępowania w jednym państwie członkowskim w sytuacji, gdy w drugim państwie członkowskim postępowanie karne co do tego samego czynu i sprawcy zostało umorzone wyłącznie z powodów formalnych. Zresztą warto zauważyć, że w polskiej ustawie art. 591 § 6 k.p.k. stanowi, że możliwe jest prowadzenie postępowania karnego w sprawie, w której ściganie zostało przekazane za granicę, jeśli ściganie zostało tam „bezpodstawnie zaniechane”. Jednak na przeszkodzie prowadzeniu postępowania w Czechach stałyby w tym przypadku postanowienia samej umowy międzynarodowej: mianowicie art. 63 stanowi, że po przejęciu ścigania karnego organy wymiaru sprawiedliwości strony wzywającej nie mogą prowadzić postępowania przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn. Tymczasem ściganie zostało skutecznie przejęte przez organy RP – umorzone zostało nie postępowanie w sprawie przejęcia ścigania, ale postępowanie karne toczące się już o czyn określony w art. 177 § 2 k.k.

Commentary to the Supreme Court decision of 20 October 2016, ref. no. III KK 230/16

Abstract

This commentary looks at the decision in which the Supreme Court addressed the applicability of the subsidiarity principle in the case of transfer of proceedings, and formulated the view – on the basis of the relevant agreement between the Republic of Poland and the Czech Republic – that, as the international agreement comprehensively regulates the collaboration as far as transferring of criminal proceedings is concerned, Article 590 § 1 of the Code of Criminal Procedure does not apply given the principle set forth in Article 615 § 2 of the Code of Criminal Procedure. Therefore, no decision on accepting the request by the Minister of Justice is required to accept the transfer of proceedings and conduct criminal proceedings against a Polish citizen for an act committed by such citizen abroad. It is sufficient if such request is accepted by any judicial organ, as enumerated in the agreement.

³² Tak też: L. Gardocki, *Zarys prawa*, s. 198.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.